
К 35 2/32
автограф

С. А. КОТЛЯРЕВСКІЙ.

ВЛАСТЬ и ПРАВО

Проблема правового государства.

Изданіе Г. А. ЛЕМАНА и С. И. САХАРОВА.
МОСКВА.—1915.

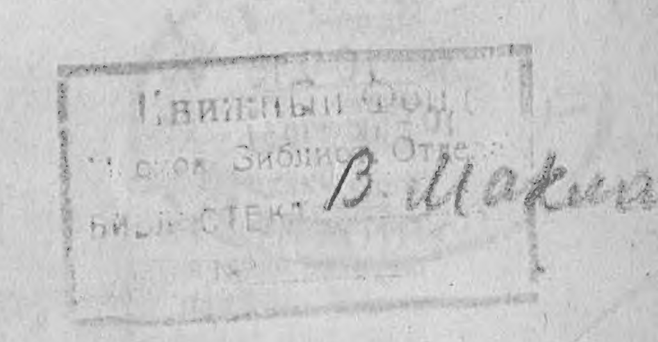
Василію Алексѣевичу Маклакову

отъ автора

С. А. КОТЛЯРЕВСКІЙ.

ВЛАСТЬ и ПРАВО

Проблема правового государства.



МОСКВА.—1915.

Типографія «МЫСЛЬ»,
Н. П. Меснянкинъ и Ко.
Москва, Петровка, 17.

Глава I.

ДВА ЭЛЕМЕНТА ВЪ ГОСУДАРСТВѢ.

Идеалъ блаженной жизни, недоступной смертнымъ, не разъ представлялся человѣку, какъ свободное и безмятежное созерцаніе вѣчной истины. Этому идеалу совершенно противоположна дѣйствительная исторія человѣческой мысли: къ самымъ конечнымъ вершинамъ ея ведетъ вѣковая, неустанная работа, въ которую вложено неизмѣримое количество умственной, нравственной и даже просто физической энергіи, и въ которой шагъ за шагомъ укрѣплялъ человѣкъ свое мѣсто среди чуждыхъ, всегда невѣрныхъ, часто враждебныхъ стихій окружающаго міра. Im Anfang war die That! Трудъ есть основной стержень, на которомъ держится вся культура, здѣсь ничего не было дано и не дается даромъ, но здѣсь въ конечномъ итогѣ затраты не умаляли, а обогащали человѣческую личность. Устремленія воли, уклоны чувства, навыки мысли, пріобрѣтаемые среди этого труда, становятся частью нашей духовной природы, и, покоряя внѣшній міръ, человѣкъ связывается съ нимъ безконечнымъ множествомъ новыхъ нитей, по коимъ проходитъ космическая энергія, чтобы претвориться въ его личности. Все это близко и родственно современному сознанію и не нуждается въ пространныхъ доказательствахъ. Не случайно и современная философія такъ охотно подчеркиваетъ инструментальный характеръ истины, такъ часто усматриваетъ лишь болѣе или менѣе удачную рабочую гипотезу тамъ, гдѣ раньше, казалось, уже найдено точное выраженіе объективной дѣйствительности. На этомъ пути возможны опасныя преувеличенія, грубо-утилитарная оцѣнка духовнаго творчества, возвраты къ наивному матеріализму: они не устраняютъ характерности и плодотворности указан-

наго теченія, столь ярко себя проявившаго въ прагматизмѣ [1]).

Ясно, насколько съ этой экономикой человѣческаго духа должна считаться всякая исторія идей, насколько она въ общихъ понятіяхъ и ихъ сочетаніяхъ должна искать застывшихъ и отлившихся усилий этого духа. Особенно наглядно такая въ самомъ широкомъ смыслѣ практическая основа проявляется въ области идей, относящихся къ человѣку, понимаемому, согласно опредѣленію Аристотеля, какъ животное общественное. Здѣсь мы уже почти инстинктивно ищемъ направляющіе работу отвлеченной мысли интересы и идеалы. Если мы сосредоточимъ наше вниманіе исключительно на формально-логическомъ анализѣ идей и ихъ сочетаній, вся эта глава изъ исторіи человѣческой культуры покажется удивительно безсодержательной и бѣдной. Это ли плоды творчества великихъ мыслителей?

Если взять область государства, которой посвящены дальнѣйшія страницы—какъ бѣденъ, напримѣръ, чисто логическій составъ такихъ положеній, какъ раздѣленіе властей, народный суверенитетъ, права человѣка и гражданина. Отвлеченный ихъ анализъ рѣшительно безсиленъ объяснить оказанное ими могущественное и дѣйственное вліяніе, подъемы глубокой вѣры и остраго скептицизма, увлеченія и враждебности, которые соединились съ ними въ вѣковыхъ и массовыхъ переживаніяхъ. Часто возрождается опасная иллюзія, будто достаточно разоблачить логическія слабости и несовершенства теорій и системъ, которыя исходили изъ данныхъ началъ,—и потребность, создавшая послѣднія, перестанетъ существовать для людей. Такое опроверженіе обычно—весьма легкое, но и весьма безполезное дѣло, если не найдено нѣкоторой высшей точки зрѣнія, съ которой можно увидѣть все жизненное и здоровое въ разбираемомъ ходѣ мысли и такимъ

[1]) Мы понимаемъ его здѣсь не какъ систему и тѣмъ менѣе догму, а лишь какъ извѣстный способъ ставить философскія и научныя проблемы. При такомъ пониманіи мы не рискуемъ принять подъ видомъ его вульгарный практицизмъ, «американизмъ». Въ такомъ американизмѣ ни мало не повиненъ и величайшій представитель этого направленія Джемсъ. См. его Pragmatism, напр., p. 45, 122 etc.

образомъ его преодолѣть. Жертвой подобной ошибки особенно легко становится вульгарный раціонализмъ, поглощенный торопливымъ стремленіемъ разрушать пережитки и предразсудки и всегда склонный безмѣрно преувеличивать убѣдительность своихъ доводовъ для человѣческаго духа. Но безсильнымъ часто оказывается и раціонализмъ болѣе высокаго философскаго типа, не считающій школьную логику послѣдней мѣрой истины и стремящійся понять развитіе идей діалектически, какъ понималъ его Гегель. Раскрытіе подобной діалектической необходимости можетъ давать намъ глубокія и поразительныя озаренія; но дѣйствительной необходимостью для собирательной человѣческой мысли становится она лишь тогда, когда по пути ея двигаетъ неустранимая жизненная потребность. Не посвящая достаточнаго вниманія послѣдней, мы всегда рискуемъ построить совершенно искусственныя схемы, которыхъ такъ много создалось хотя бы подъ прямымъ или отраженнымъ вліяніемъ гегельянства.

Здѣсь становится понятнымъ знаменательный фактъ, что въ исторіи человѣческой мысли такъ часто постановка вопроса оказывается гораздо важнѣе, чѣмъ отвѣты на него. Эти отвѣты неизбѣжно односторонни, въ нихъ сказывается природная ограниченность нашего познанія, и они рано или поздно уступятъ мѣсто другимъ, болѣе расширеннымъ или болѣе углубленнымъ. Какъ мало проблемъ, рѣшенныхъ окончательно и безповоротно! Какъ мало готовыхъ истинъ, о коихъ мы съ увѣренностью полагаемъ, что онѣ останутся κτήματα εἰς ἀεί. Впрочемъ не сказывается ли именно въ этой видимой хрупкости сила и дерзновеніе человѣческаго духа, неспособнаго удовлетворяться такими условными рѣшеніями и неизмѣнно стремящагося далѣе? Мы знаемъ, что такое стремленіе не останавливается и передъ самыми прочными, казалось бы, пріобрѣтеніями науки о природѣ; достаточно вспомнить, какая переоцѣнка всѣхъ цѣнностей совершилась въ новѣйшей физикѣ и химіи. Только при свѣтѣ этихъ научныхъ революцій обнаруживается вся наивность притязаній Конта ставить космологическіе предѣлы, которыхъ никогда не въ силахъ перейти научное познаніе. Здѣсь заключать отъ ignoramus къ ignorabimus значитъ совершать актъ ничѣмъ неоправдываемой самоувѣренности.

Еще болѣе это относится къ наукамъ гуманитарнымъ. Путь ихъ развитія уже никакъ не можетъ быть представленъ въ видѣ единообразнаго поступательнаго движенія; напротивъ, мы видимъ какъ бы постоянный ритмъ данныхъ положеній и ихъ противоположеній—точно собирательный человѣческій разумъ утомляется отъ долгаго устремленія въ одну сторону и инстиктивно ищетъ возстановить равновѣсіе. Ритмъ этотъ однако болѣе сложенъ, чѣмъ смѣна тезиса и антитезиса, какъ представлялъ Гегель. Изучая его, мы должны изслѣдовать все жизненное содержаніе, заключенное въ данныхъ мысляхъ, его наростаніе и убыль.

Это относится и къ разбираемой на послѣдующихъ страницахъ проблемѣ правового государства. Нѣтъ надобности напоминать, какое мѣсто она занимаетъ въ современномъ государственномъ правѣ и государственной наукѣ вообще. Для юриста принципъ господства права представляется столь же необходимымъ, сколь и достаточнымъ основаніемъ его системы. Для историка и соціолога утвержденіе этого господства въ жизни народовъ есть одинъ изъ основныхъ фактовъ въ развитіи новой гражданственности и культуры. Еще важнѣе, что идея правового государства вошла въ обиходъ современныхъ цивилизованныхъ обществъ, въ совокупность тѣхъ ожиданій, которыя обращаетъ членъ государственнаго союза къ руководителямъ этого послѣдняго. Правовое государство стало однимъ изъ основныхъ политическихъ заданій. Много разъ отмѣченный кризисъ правосознанія, утрата вѣры во всемогущество права и учрежденій, наличность періодически переживаемыхъ здѣсь разочарованій не отымаетъ у данныхъ стремленій настойчивости и выразительности: убѣжденіе, что государство должно принять обликъ правового, остается непоколебленнымъ. Является ли эта вѣра, какъ часто думаютъ, лишь отраженіемъ устройства и дѣятельности современнаго конституціоннаго государства или она имѣетъ гораздо болѣе древніе, глубокіе корни? Что ее питаетъ? Что ее оправдываетъ?

———

Отрѣшимся на минуту отъ привычныхъ и установленныхъ пріемовъ государственно-правового изслѣдованія и построенія; постараемся представить себѣ государство просто,

какъ часть міра, въ которымъ мы живемъ. Сразу и неразрывно оно соединится для насъ съ образомъ власти: можно сказать, послѣдній составляетъ основное, изначальное его ядро. Не такъ трудно представить государство, чрезвычайно отличное отъ нашего настоящаго и прошлаго о немъ опыта, но нельзя мыслить его безъ властвованія и подчиненія [1]). Поэтому когда въ новѣйшей литературѣ мы встрѣчаемъ попытки, какъ ихъ дѣлали, напримѣръ, Аффольтеръ [2]) и Краббе [3])—попытки совсѣмъ отказаться отъ понятія государственной власти въ публичномъ правѣ или дать этому понятію совершенное производное значеніе, мы инстиктивно чувствуемъ, что передъ нами удачная или неудачная, но во всякомъ случаѣ чрезвычайно искусственная стилизація [4]). Вообще же юристы и соціологи не всегда отдавали себѣ ясный отчетъ въ томъ, насколько явленія властвованія, несмотря на ихъ ежедневный, даже ежечасный характеръ, сохраняютъ въ себѣ элементъ загадочности. Мы привыкли къ нимъ, какъ къ естественной и необходимой принадлежности окружающаго насъ міра; но стоитъ намъ задуматься, и понятное здѣсь становится совсѣмъ непонятнымъ. И конечно, люди, подобные Толстому и Карлейлю, оказываются для насъ въ этой полутемной области человѣческаго духа гораздо болѣе интересными и цѣнными путеводителями, чѣмъ представители спеціальной науки о государствѣ [5]). Однако и въ послѣдней психологическому обоснованію власти посвящается все большее вниманіе. Нѣтъ надобности оправдывать подобное вниманіе; вѣдь стилизованное государство юридической науки есть все-таки

---

[1]) Превосходныя замѣчанія у Bosanquet, The philosophical theory of the state, p. 152.

[2]) Affolter, Studien zum Staatsbegriffe, Archiv für das öffentliche Recht, 1902, S. 123, 125 («Herrschaft, Macht, Gewalt als Rechtsbegriffe.... zu verwerfen»).

[3]) Krabbe, Die Lehre der Rechtssouveränität, S. 2 und passim.

[4]) Herzfelder, Gewalt und Recht, S. 137.

[5]) С. Франкъ, Проблема власти въ сборникѣ «Философія и жизнь», стр. 72—какъ намъ кажется, самое замѣчательное, что было высказано въ русской литературѣ послѣ Коркунова по вопросу о природѣ власти. Cp. Schopenhauer, Parerga, B. II. Zur Rechtslehre und Politik, § 128 (Ausg. 1862, S. 286).

лишь переработка нашего непосредственнаго опыта, гдѣ неизбѣжно намъ приходится считаться и съ властвованіемъ, и съ подчиненіемъ. Въ частности въ русскую литературу государственнаго права психологическая теорія прочно введена еще Н. М. Коркуновымъ, который именно въ анализѣ явленій власти выказалъ всю проникновенную глубину своей интуиціи и всю широту своего научнаго кругозора.

Сущность взгляда Коркунова хорошо извѣстна [1]). Власть не есть единая властвующая въ государствѣ воля, что такъ часто представлялось сторонникамъ юридической конструкціи государства, какъ лица; она не есть вообще проявленіе воли; властвовать можетъ не только живой человѣкъ или группа лицъ, но и умершіе, воображаемыя существа, отвлеченныя идеи. Властвованіе само по себѣ есть нѣчто вторичное—оно создается сознаніемъ зависимости, которое и представляетъ изъ себя первоначальное человѣческое переживаніе. И государственная власть въ этомъ смыслѣ не представляетъ исключенія: она есть также лишь сила, обусловленнная общимъ сознаніемъ [2]).

---

[1]) Н. М. Коркуновъ, Указъ и законъ, стр. 133 и сл.; Русское государственное право (6 изд.), т. I, с. 23. Интересные отголоски теоріи Коркунова со ссылкой на него у Cruet, La vie du droit et l'impuissance des lois, p. 213. Ср. рецензію Ларнода на французскій переводъ общей теоріи права Коркунова—весьма сочувственную—въ Revue du droit public, v. 20, p. 148.

[2]) По опредѣленію Л. I. Петражицкаго, «государственная и вообще общественная власть есть не воля и не сила, вообще не нѣчто реальное, а эмоціональная проэкція, эмоціональная фантасма—а именно она означаетъ особый видъ приписываемыхъ извѣстнымъ лицамъ правъ». Теорія права и государства, т. I, с. 198. Намъ кажется, Л. I. Петражицкій беретъ здѣсь въ слишкомъ узкомъ смыслѣ понятіе силы, противополагая ее эмоціональной проекціи. Именно въ процессѣ указаннаго проецированія государственная власть переживается какъ сила. Она не есть нѣчто реальное лишь въ смыслѣ наивнаго реализма,—но она столь же реальна, какъ всѣ эмоціальныя фантасмы,—а какой большей реальности можно искать исходя изъ основоположеній Л. I. Петражицкаго? Что касается до приписыванія правъ, то они въ юридической теоріи современнаго государства приписываются лишь государству, какъ таковому, а не «извѣстнымъ лицамъ», которыя всегда суть лишь органы государства, и выражаютъ право его, а не свое собственное, осуществляя акты властвованія. Въ этомъ лежитъ и ошибка Аффольтера, Zur Lehre von der Persönlichkeit des Staates,

Легко себѣ представить, что теорія, изложенная въ такой блестящей и покоряющей читателя формѣ на страницахъ «Указа и закона», должна была вызвать рядъ возраженій за ея какъ бы антиюридическій характеръ. «Коркуновъ», пишетъ въ своемъ курсѣ Ѳ. Ѳ. Кокошкинъ, «совершенно произвольно переноситъ слово и понятіе государственной власти на явленія, которыя, правда, служатъ основаніемъ государственной власти, но не тождественны съ нею. Въ основѣ государственной власти дѣйствительно лежитъ сила, которая обусловливается взаимнымъ психическимъ вліяніемъ людей, но эта сила не есть государственная власть»[1]). А. Рождественскій здѣсь даже не увидалъ ничего, кромѣ простой игры метафорами[2]). Понятно, что въ глазахъ крайнихъ сторонниковъ юридическаго догматизма Коркуновъ тяжко погрѣшилъ уже тѣмъ, что вообще вышелъ за традиціонные предѣлы, установленные для государственнаго права.

Теорія власти у Коркунова излагается въ извѣстной связи съ его конструкціей государства, какъ юридическаго отношенія, при чемъ настойчиво отрицается за государствомъ характеръ юридическаго субъекта. Въ своей исключительной формѣ подобная конструкція принята быть не можетъ. Для современнаго изслѣдователя юридическая конструкція вообще имѣетъ всегда лишь служебное значеніе, она есть удобнѣйшій способъ юридически мыслить извѣстные факты, а вовсе не утвержденіе относительно этихъ фактовъ чего-либо по существу. Мы имѣемъ передъ собою здѣсь вопросъ не объ истинности, а лишь о цѣлесообразности. Государство, разсматриваемое въ одномъ аспектѣ, неизбѣжно должно быть понимаемо, какъ субъектъ права: какимъ образомъ безъ такого пониманія обойтись въ международномъ и федеративномъ правѣ? [3]).

въ Archiv für das öffentliche Recht, B. 20, S. 374; ср. Helzfelder, Gewalt und Recht, S. 38.—Не нужно поддаваться здѣсь суевѣрному страху передъ абстракціей государства: психологически власть государства не болѣе загадочна, чѣмъ власть какого-либо отдѣльнаго его агента.

[1]) Лекціи по общему государственному праву, с. 171.

[2]) Теорія субъективныхъ публичныхъ правъ, т. I, с. 58—9.

[3]) Эта возможность доказывается въ очень интересной и выдаю-

Въ другихъ случаяхъ столь же неизбѣжно оно представится, какъ отношеніе или совокупность правоотношеній— особенно въ области права административнаго. Главное, здѣсь важно избѣжать наивнаго юридическаго реализма, олицетворяющаго такъ сказать эти вспомогательныя понятія: ему не остался вполнѣ чуждъ и Коркуновъ въ своей борьбѣ противъ государства-лица[1]). Между тѣмъ выборъ той или другой юридической конструкціи ничего не предрѣшаетъ въ вопросѣ о реальной природѣ государства и власти.

Желая проникнуть въ эту природу, мы уже не въ состояніи оставаться въ неизбѣжно узкихъ предѣлахъ юридическаго формализма. Властвованіе и подчиненіе, осуществляющееся въ государствѣ, есть лишь разновидность несравненно болѣе широкаго вида психическихъ переживаній—широкаго, какъ сама человѣческая жизнь. Здѣсь должно и можно избѣгать какого бы то ни было смѣшенія понятій психологи-

---

щейся статьѣ П. А. Покровскаго. Къ вопросу о субъектахъ международнаго права; Извѣстія министерства иностранныхъ дѣлъ, 1912, кн. VI с. 177.—ос. ст. 202. Но и здѣсь понятіе субъекта субстанціализируется, и здѣсь авторъ недостаточно считается съ чисто прагматическимъ характеромъ оспариваемой конструкціи. Конструкція, предлагаемая П. А. Покровскимъ, можетъ быть, опредѣленная реакціей противъ господствующаго взгляда съ его исключительнымъ вниманіемъ къ государству въ теоріяхъ международнаго права, совершенно растворяетъ самое государство въ международномъ правовомъ оборотѣ (с. 204).

[1]) Само собой разумѣется, наивный юридическій реализмъ одинаково возможенъ при конструкціи государства какъ субъекта и какъ правоотношенія; но именно сторонники послѣдней склонны думать, что они преодолѣваютъ юридическія фикціи, и поэтому чаще всего дѣлаются его жертвами. Типично у Löning статья «Staat» въ Handwörterbuch der Staatswissenschaften, B. VI, S. 907 (Staat... reelles Rechtsverhältniss) и особенно у Lingg, Empirische Untersuchungen; отчасти у Vareilles Sommaires, Les personnes morales, p. 147. Что этому наивному юридическому реализму могутъ поддаться и выдающіеся философскіе умы, лучше всего показываетъ критика понятія государства-субъекта у Schuppe въ его книгѣ Der Begriff des subjectiven Rechtes, S. 81 u. s. w.—Инструментальный характеръ разбираемыхъ категорій дѣлаетъ вполнѣ понятнымъ, что одна физическая личность можетъ совмѣщать въ себѣ нѣсколько правовыхъ субъектовъ. Ср. Roguin, La règle de droit, p. 387.

ческихъ и юридическихъ. Въ новѣйшей литературѣ особенно энергично возражалъ противъ всякаго психологизма въ правѣ Кельсенъ. Путемъ весьма тщательнаго анализа онъ, напримѣръ, доказываетъ, что въ лексиконѣ юриста слово «воля» имѣетъ совсѣмъ другое значеніе, чѣмъ въ обычномъ употребленіи: юридически воля есть лишь нормативная конструкція, долженствующая обосновывать вмѣненіе[1]). Все это вытекаетъ изъ основного взгляда Кельсена, который чрезвычайно рѣзко и категорически ограничиваетъ юриспруденцію областью должнаго: послѣдняя совершенно отдѣлена отъ области сущаго[2]). Такой крайній дуализмъ представляетъ, повидимому, особую привлекательность для умовъ съ сильной развитой, но нѣсколько односторонней діалектической склонностью, устремленной преимущественно къ дистинкціямъ; онъ какъ будто удовлетворяетъ потребностямъ своеобразной логической эсте-

[1]) Kelsen, Hauptprobleme der Staatswissenschaftslehre, S. 43, 78; S. 177: «der Grundfehler ... ist das Streben den Staatswillen als psychischen Vorgang... sei es nur als Tatsache der Individual—oder Sozialpsychologie... nachzuweisen». Ср. его же: Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, S. 58.

[2]) Ib., S. 6: «der normative Character der Rechtswissenschaft äussert sich negativ darin, dass sie tatsächlich der Welt des Seins angehöriges Geschehen nicht zu erklären hat; positiv darin, dass sie zu ihrem Gegenstande Normen hat... aus denen ihre besondere Rechtsbegriffe abzuleiten sind». Подобный дуализмъ можно было бы легче установить между естественнымъ и положительнымъ правомъ, чѣмъ между правомъ и фактомъ. Ср. Vecchio, I presupposti filosofici della nozione del diritto, p. 36: «l'esistenza propria del diritto naturale è puramente deontologica e normativa, cioè equivale ad un dover e non ad un essere di fatto». Ср. у Bosanquet, The philosophical theory of the state, p. 35: «theorists have said too hastily, though with a sound meaning, that right is independent of fact. It would be as true to say, that reason is independant of civilisation, or the soul independent of culture». Право относится къ «идеальнымъ фактамъ». Очень интересныя замѣчанія у Rosmini, Filosofia del diritto, v. I (2 ed.), p. 146: понятіе права не требуетъ дѣйствительной его реализаціи—достаточно возможности таковой: «sosteniamo cioé, che l'idea del diritto esisterebbe dato uno solo individuo della specie umana». Эти положенія стоятъ въ связи съ глубокимъ и замѣчательнымъ ученіемъ Росмини о бытіи идей вообще. Само собой разумѣется, къ непріемлемымъ выводамъ можетъ приводить и противоположное стремленіе, которое мы находимъ у Циттельмана—ослабить нормативный характеръ права, устранить контрастъ права и природы, объединивъ здѣсь и тамъ понятіе закона.—Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 200.

тики[1]). Но философски подобный абсолютный дуализмъ столь же односторонень, какъ и абсолютный монизмъ; непріемлемый въ правѣ вообще, онъ особенно въ государственномъ правѣ ведетъ къ неразрѣшимымъ трудностямъ. Здѣсь, съ одной стороны, области нормативнаго и фактическаго вовсе не раздѣлены такой безспорной, опредѣленной гранью—достаточно вспомнить хотя бы разногласія относительно парламентаризма: представляетъ ли онъ лишь особое фактическое состояніе, или въ немъ выражается и подлинный правовой принципъ? Мы уже не беремъ столь частыхъ примѣровъ того, какъ фактическое обращается въ нормативное, и этотъ переходъ бываетъ совершенно постепенный. Съ другой стороны государственное право имѣетъ въ виду лишь право, болѣе или менѣе осуществляю-

---

[1]) Въ русской литературѣ это направленіе особенно сказыватся въ, статьѣ И. А. Ильина, Понятіе права и силы. Вопросы философіи и психологіи, кн. 101, 1910, янв.—февр., с. 1.—Весьма интересны возраженія въ статьѣ Б. А. Кистяковскаго, Реальность объективнаго права. Логосъ, 1910, II. Ср. Affolter, Naturgesetz und Rechtsgesetz, S. 27: «nur das Bewusstsein von der Rechtsregel ist noch kein Recht; erst die Geltung dieser Rechts regeln, die Positivität bewirkt das Recht». Въ глазахъ Бергбома «nur was als Recht functionirt das ist Recht, sonst nichts, und das allein ist, Recht». Jurisprudenz und Rechtsphilosophie; S. 80. Jhering, Geist des römischen Rechts, B. I (1 Ausg.), S. 41: «die Function des Rechtes im allgemeinen besteht nur darin sich zu verwirklichen. Was sich nicht realisirt, ist kein Recht». Гейлингеръ (Heilinger), Recht und Macht, возражаетъ противъ теоріи, будто право можетъ состоять изъ воззрѣній, неимѣющихъ силы («aus nicht geltenden Anschaungen); S. 28: «zum Recht gehört die Wirklichkeit: diese ist immanentes Moment des Rechtsbegriffs», S. 38—право относится къ морали, какъ дѣйствительность къ желанію, бытіе къ долженствованію. Becker, Grundbegriffe des Rechtes und Missgriffe der Gesetzgebung—глава «Kraft des Rechtes» (S. 107).—Объ отношеніи права и силы: Merkel, Elemente der allgemeinen Rechtslehre, § 7: Recht und Macht въ Hinterlassene Fragmente und gesammte Abhandlungen, B. II, H. 2, S. 588; Schäffle, Ueber Recht und Sitte въ Vierteljahrschrift für wissenschaftliche Philosophie, B. II, S. 38, особ. S. 53: «Recht ohne Macht kann nicht aufstehen. Recht, welches nicht eine Kraft der Selbsterhaltung wird, kann nicht dauernd werden und daher nicht fortbestehen». По Helzfelder, Gewalt und Recht, правовыя отношенія примыкаютъ къ отношеніямъ, вытекающимъ изъ силы, каковыя являются первоначальными; право безъ силы не есть реальность—S. 16. Ср. Zöpfl, Grundriss zu Vorlesungen über Rechtsphilosophie, S. 56.

щееся[1]). Митхадовская конституція 1876 г. никогда въ Турціи не была формально отмѣнена, но отсюда не слѣдуетъ, чтобы она составляла часть положительнаго турецкаго права въ эпоху единовластія Абдулъ-Гамида, кончившуюся лишь переворотомъ 1908 г.

Итакъ, власть, какъ система юридическихъ нормъ, на коихъ держатся и по коимъ дѣйствуютъ государственныя учрежденія, есть нѣчто отличное отъ власти, какъ обозначенія своеобразныхъ переживаній, но если бы не существовало этихъ послѣднихъ, то не было бы и мотивовъ создавать систему. Весь матеріалъ для нея данъ извнѣ, изъ объемлющей насъ стихіи человѣческихъ взаимодѣйствій. Поэтому, поскольку мы говоримъ о зарожденіи самой проблемы правового государства, намъ неизбѣжно обращаться къ такимъ непосредственнымъ переживаніямъ.

Наблюденія надъ этими послѣдними ясно показываютъ, насколько Коркуновъ стоялъ на правильномъ пути, когда основное и первоначальное состояніе онъ усмотрѣлъ именно въ подчиненіи, точнѣе — въ чувствѣ зависимости. Это чувство всѣмъ близко и знакомо изъ ежедневнаго внутренняго опыта; несравненно сложнѣе чувство властвованія. Тамъ, гдѣ никто не подчиняется, никто и не властвуетъ; напротивъ, можно вполнѣ себѣ представить подчиненіе, которому не соотвѣтствуютъ никакія стремленія повелѣвать[2]), болѣе того, которому вообще не отвѣчаетъ ника-

---

[1]) Hölder, Das positive Recht als Staatswille, Archiv für das öffentliche Recht, B. 23, S. 333: «träfe dies aber nicht mehr ausnahmlos, sondern als Regel zu, so wäre dazu die Existenz des Rechtes untergraben, das sich nur behaupten kann, wenn das durch sein Existenz befriedigte Bedürfniss mächtiger ist, als die durch sie der Befriedigung entbehrende Bedürfnisse».— Крайне цѣнны данныя у Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechtes, S. 67—глава «Die Tatsachen des Rechtes» u.s.w. 291, 293.—Относительно государства всегда полезно вспомнить слова Дюги: «l'Etat est ce qu'il est et tout ce qu'il est, et il ne peut pas être pour le juriste différent de ce qu'il est dans la réalité pour l'homme politique, le sociologue ou l'historien». L'Etat, v. I, p. 242.

[2]) Геній импонируетъ часто тѣмъ неотразимѣе, чѣмъ менѣе онъ хочетъ проявить свое вліяніе, чѣмъ менѣе иногда онъ его самъ сознаетъ. Этотъ контрастъ наивной геніальности, ниспосланной какъ благодать, и безсильной жажды ее пріобрѣсти, заслужить, получилъ несравненное

кое властвованіе—даже властвованіе, скрывающееся по Карлейлю въ великомъ молчаніи (the great silent man), гдѣ надъ человѣкомъ господствуютъ лишь призраки его воображенія. Реальная сила, передъ которой мы склонились, исчезла, но сознаніе ея превосходства осталось и сдѣлалось частью нашей природы; точно также остается чувство зависимости, подвластности, хотя носители власти смѣняются. Египетскіе феллахи пребывали въ почти одинаково безмолвной покорности, когда надъ ними утверждалось господство арабовъ, турокъ, англичанъ [1]). Смѣняющіе другъ друга властители могутъ оправдывать свое господство противоположными принципами: эта противоположность не разрываетъ психологическаго единства въ состояніи подвластныхъ. Нѣмецкіе протестанты XVI вѣка, отвергнувшіе авторитетъ папы и поставившіе на его мѣсто авторитетъ Св. Писанія, перенесли въ новую церковь все сознаніе подчиненности, всю потребность внѣшняго авторитета, воспитанную въ старой,—фактъ, который такъ удручалъ рѣдкихъ среди нѣмецкой реформаціи сторонниковъ личнаго религіознаго самоопредѣленія [2]). Возможность для французскаго

выраженіе въ Моцартѣ и Сальери—одномъ изъ величайшихъ созданій всемірной литературы. Какъ искренне возмущеніе Сальери, ведущее его къ злодѣянію:

«...о небо!
Гдѣ жъ правота, когда священный даръ,
Когда безсмертный геній не въ награду
Любви горячей, самоотверженья,
Трудовъ, усилія, моленій посланъ,
А озаряетъ голову безумца,
Гуляки празднаго?»

[1]) Можно вспомнить здѣсь слова хора изъ Мессинской невѣсты—слова, въ которыхъ скорбь сочетается съ вѣрой въ свое будущее:

Die fremden Eroberer kommen und gehen,
Wir gehorchen, aber wir bleiben stehen.

[2]) Hagen, Deutschlands litterärische und religiöse Verhältnisse im Reformationzeitalter, B. II, S. 248 (первоначальное отношеніе къ Писанію), B. III, S. 152 (созданіе новой библейской ортодоксіи) ib. 336 (критика ея у представителей болѣе свободнаго направленія, особенно Себастіана Франка). Ср. Troeltsch, Die Soziallehren der christlichen Kirchen und

революціоннаго конвента обезпечить себѣ безпрекословнсе повиновеніе при полномъ нарушеніи провозглашенныхъ принциповъ и въ то же время при величайшемъ потрясеніи страны —эта возможность была подготовлена деспотизмомъ стараго режима и подготовляла режимъ Наполеона[1]).

Въ этомъ смыслѣ государство не отличается отъ другихъ организацій и съ ними связано. Оно разрушило господство рода, но родовая дисциплина послужила психологическимъ матеріаломъ для болѣе широкой новой дисциплины. Patria potestas была школой повиновенія римскимъ магистратамъ. Въ этомъ смыслѣ можно говорить и о патріархальной струѣ, вливающейся въ потокъ государственной жизни, даже когда этотъ потокъ уже на много вѣковъ ушелъ отъ своихъ истоковъ. Когда абсолютная монархія успѣшно боролась съ феодальнымъ распыленіемъ власти и сеньеры теряли свои господскія права, эти права не только въ смыслѣ юридическомъ, но и какъ символы автоматическаго подчиненія народныхъ массъ, были отчуждены въ пользу единодержавія; дань покорности и вѣрности, приносившаяся ранѣе сеньору, поступала въ распоряженіе сюзерена. Въ свою очередь и государство подготовляетъ навыки, полезные и даже необходимые для развитія внѣгсударственныхъ организацій —тѣхъ многочисленныхъ союзовъ, въ которыхъ группируются члены современныхъ культурныхъ общежитій и которые фактически ограничиваютъ единовластіе государства. Возможно даже, что подобныя организаціи вступаютъ въ борьбу съ наличнымъ политическимъ и соціальнымъ порядкомъ, при чемъ дисциплина, созданная этимъ порядкомъ, обратится противъ

Gruppen, S. 886. Kropatscheck, Das Schriftprinzip der lutherischen Kirche, B. I, S. 3. Эти психологическіе факты остаются въ силѣ, если даже догматически лютеранство XVI вѣка одинаково далеко отъ католицизма и отъ сектантства (какъ на этомъ настаивалъ Ричль).

[1]) Съ другой стороны, одинаковый индивидуалистическій укладъ, одинаковый закалъ воли сказывается въ религіозныхъ теченіяхъ Англіи XVII вѣка и въ ея дальнѣйшемъ движеніи по пути міровой торговой гегемоніи. Эта мысль, намѣченная уже Максомъ Веберомъ, получила блестящее обоснованіе въ монографіи Шульце-Геверница, Britischer Imperialismus und englischer Freihandel.—Устремленіе духа остается, когда цѣли его какъ-будто совершенно мѣняются.

него самого. Не разъ указывалось на извѣстную связь милитаризма и соціалъ-демократіи въ Германіи: усвоеніе и сохраненіе ея партійной дисциплины, вѣроятно, облегчалось навыками, которые пріобрѣтены населеніемъ въ суровой школѣ нѣмецкой воинской повинности. Въ этомъ смыслѣ становится понятнымъ и взглядъ Руссо—столь усвоенный его послѣдователями къ великому вреду для свободы ассоціацій во Франціи—взглядъ, будто послѣднія отымаютъ часть повиновенія, которое правомѣрно должно быть отдано цѣликомъ власти, воплощающей общую волю. Пусть такое правомѣрное повиновеніе сдѣлается второй природой гражданъ, пусть они, преклоняясь передъ общей волей, чувствуютъ себя ея органами и потому не сознаютъ здѣсь какого-либо ограниченія или стѣсненія личности—эта готовность повиноваться правомѣрной власти неизбѣжно выродится и превратится въ простую привычку слѣпого подчиненія, разъ появятся другіе центры коллективной (но не общей) воли. Нельзя служить двумъ господамъ—между ними должна идти борьба за власть, за вѣками накопленныя склонности автоматическаго повиновенія. Мы видимъ здѣсь только лишніе примѣры той объективной связи, которая соединяетъ самые разнообразные элементы общежитія и при которой люди такъ часто работаютъ на совершенно чуждые и невѣдомые имъ интересы, являясь лишь слѣпыми орудіями хитрости міроваго духа, какъ говорилъ Гегель.

Такимъ образомъ природа государственнаго властвованія несомнѣнно можетъ быть понята только на фонѣ гораздо болѣе широкомъ, чѣмъ тотъ, который въ состояніи дать изолированная наука о государствѣ [1]). Основой здѣсь является

[1]) Simmel, Soziologie, S. 134 u. s. w. Интересныя предвосхищенія психологической теоріи власти даже у такого «реалиста» какъ Галлеръ; ср. его Restauration der Staatswissenschaft, B. I (Wintertur, 1816), S. 353: «verdient er nicht bemerkt zu werden der allgemeine und hinreissende Hang der die Menschen treibt auch ungezwungen und freiwillig sich dem anerkannten Mächtigen anzuschliessen und seiner Herrschaft sich zu unterwerfen».— Вообще Галлеръ вовсе не отстаиваетъ то пониманіе власти, какъ чистаго насилія, которое ему часто приписывается—напр. S. 501. Ср. Löning, статья «Staat» въ Handwörterbuch der Staatswissenschaften, B. VI, 2 Auf., S. 907—940; S. 918: «die verbindliche Kraft der Herrschergewalt wie des

сознаніе зависимости, которое выростаетъ изъ самаго первобытнаго опыта и которое безконечно укрѣпляется его одновременнымъ переживаніемъ у массы людей. Здѣсь и вскрывается этотъ кажущійся парадоксъ властвованія немногихъ надъ многими. Принужденіе въ буквальномъ смыслѣ, какъ его обыкновенно представляютъ, играетъ при этомъ ничтожную роль. Въ огромномъ большинствѣ случаевъ нельзя даже непосредственными физическими воздѣйствіями вынудить повиновеніе. Впрочемъ самое понятіе авторитета, въ которомъ такъ много элементовъ властвованія—не предполагаетъ ли извѣстнаго минимума свободы у его признающихъ? Быть подъ чьимъ либо авторитетомъ, очевидно, не значитъ находиться въ физической неспособности проявлять свою волю [1]). Не извращеніе человѣческой природы, а коренныя ея свойства объясняютъ то «добровольное рабство», передъ которымъ съ такимъ негодующимъ изумленіемъ остановился Ла Боеси. Противорѣчіе, столь поразившее Руссо—противорѣчіе между естественной свободой человѣка и повсемѣстно наложенными на него цѣпями еще болѣе глубоко, чѣмъ онъ думалъ; если вѣрно его «l'homme est né libre», то вѣрно въ извѣстной мѣрѣ и признаніе гетевскаго Тассо: «der Mensch ist nicht geboren frei zu sein». Человѣкъ рождается и свободнымъ и подневольнымъ, рождается съ этой двойственностью въ естественныхъ предрасположеніяхъ. Дальнѣйшіе успѣхи соціальной психологіи, можетъ быть даже психіатріи, въ частности изученіе внушенія [2]) должны здѣсь многое дополнить, но и въ на-

Rechtes in dem Bewusstsein des Beherrschten ruht». Lingg, Empirische Untersuchungen zur allgemeinen Staatslehre, S. 5.

[1]) Годвинъ доказывалъ даже, что повиновеніе въ силу физической необходимости является несравненно меньшей опасностью для человѣческой свободы, чѣмъ повиновеніе, основанное на вѣрѣ повинующагося въ чужой авторитетъ—Enquiry concerning political justice, book VI, ch. 6, of obedience: «compulsory obedience often less injurious than confidence».

[2]) Очень цѣнныя данныя въ книгѣ Сиддиса, Психологія внушенія—напримѣръ, поразительный разсказъ о «новомъ Мессіи»-Шлаттерѣ—с. 301; по Сиддису внушаемость—основа общественности: человѣкъ, безъ сомнѣнія, животное общественное, но онъ таковъ потому, что доступенъ внушенію (с. 308); этимъ же объясняется и весь механизмъ общественнаго повиновенія. Много матеріаловъ изъ русской дѣйствительности въ книгѣ В. М. Бехтерева, Внушеніе и его роль въ общественной жизни.

стоящее время психическій составъ властвованія и подчиненія въ общихъ чертахъ представляется выясненнымъ.

Признавая, что власть первоначально создается сознаніемъ зависимости и повиновеніемъ, мы не можемъ смотрѣть на нее исключительно какъ на проекцію внутреннихъ состояній, переживаемыхъ подвластнымъ. «Воля къ власти» есть также несомнѣнная психологическая реальность. Ее съ несравненнымъ паѳосомъ возвеличилъ Ницще [1]), и въ ней современная философія имперіализма, хотя бы въ лицѣ Сельера, Сигеле и др. усматриваетъ чуть ли не основной мотивъ человѣческой и даже міровой исторіи. Сознанію зависимости идетъ навстрѣчу стремленіе всѣми средствами закрѣпить это сознаніе у окружающихъ людей и превратить его въ нерасторжимую связь. Власть становится одной изъ величайшихъ цѣнностей, однимъ изъ самыхъ непреодолимыхъ соблазновъ [2])—сторона человѣческой души, которую такъ понималъ Макіавелли [3]). Вопреки экономическому матеріализму, въ современномъ обществѣ самое богатство едва ли не чаще цѣнится, какъ путь къ вліянію и власти, чѣмъ обратно;—и здѣсь, вѣроятно, лежитъ корень вѣры анархистовъ въ сравнительную легкость экономическаго переворота. Но и раньше даже наиболѣе реалистически настроенные наблюдатели человѣческой природы отмѣчали эту самостоятельность жажды къ власти [4]). Передъ нами раскрывается цѣлая психологическая гамма отъ самаго благороднаго честолюбія, стремящагося лишь дѣятельно и плодотворно участвовать въ разрѣшеніи великихъ національныхъ и общечеловѣческихъ

---

[1]) Кромѣ Der Wille zur Macht, Versuch einer Umwandlung aller Werte, напр. въ Also sprach Zaratustra-Werke, 9 Aus., B. VI, S 167: «wo ich Lebendiges fand, da fand ich Willen zur Macht, und noch im Willen der Dienenden fand ich den Willen Herr zu sein... Und wo Opferung und Dienste und Liebesblicke sind, auch da ist Wille Herr zu sein».

[2]) Искушеніе власти—послѣдній изъ трехъ соблазновъ сатаны, поставленныхъ передъ Сыномъ Человѣческимъ—Мат. 4, 8—10. Есть аналогіи въ буддизмѣ.

[3]) Напр., Il principe, c. 25; Discorsi sopra la prima decade di Tito Livio, l. I, c. 5 etc.

[4]) Hobbes, De Cive I, 2: omnis igitur societas—vel commodi causa vel gloriae... contrahitur.

задачъ, до самаго суетнаго тщеславія, которому дорога лишь внѣшность, мишура власти, раболѣпное поклоненіе окружающихъ. Быть можетъ, это исканіе наложить отпечатокъ своей личности на окружающій міръ цѣлымъ рядомъ звеньевъ связано съ какими-либо изначальными, органическими стремленіями—напримѣръ стремленіемъ расшириться, охватить большее пространство; послѣднее можетъ быть замѣчено уже въ движеніяхъ монеры. Борьба за существованіе невольно переходитъ въ борьбу за преобладаніе—удержать свое мѣсто подъ солнцемъ часто возможно только захвативъ чужое [1]). Инстинктъ самоутвержденія проявляется въ разнообразнѣйшихъ формахъ, и было бы односторонне видѣть ихъ только въ тѣхъ безнадежно темныхъ тонахъ, какіе любилъ Гоббсъ, изображая царящій въ человѣческомъ родѣ хищный эгоизмъ, voluntas laedendi. Но несомнѣнно человѣку присущи вмѣстѣ съ переживаніями зависимости и эти захватныя устремленія, и подъ ихъ совмѣстнымъ дѣйствіемъ слагается столь намъ привычное и столь загадочное осуществленіе власти [2]).

Это осуществленіе, конечно, совершается не только въ предѣлахъ государства. Долгое время зависимость отъ рода, общины, помѣщика была гораздо ощутительнѣе, охватывала всѣ моменты жизни подвластнаго и все поле его сознанія, заслоняла слабую, тусклую власть государства [3]), но послѣд-

---

[1]) Сорель въ L'Europe et la révolution française ярко изобразилъ, какъ революціонная Франція въ борьбѣ за «естественныя границы» принуждена была далеко ихъ перейти. Это—явленіе, постоянно повторяющееся въ исторіи внѣшней политики.

[2]) Само собой разумѣется, нужно отличать общую психологическую природу властвованія и подчиненія и ту обстановку, тѣ условія, въ которыхъ они первоначально развиваются. Эти послѣднія должна выяснять этнографія. О нихъ весьма схематично у Поста въ Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz, v. I, p. 356 (Herrschaft und Freiheit. Die Entstehung dieses Verhältnisses); болѣе обстоятельно у него же въ Afrikanische Jurisprudenz, B. I, S. 87: по справедливому замѣчанію Поста, вполнѣ подтвержденному и новѣйшей этнографіей, организація властвованія и подчиненія получила особо типичное и яркое развитіе именно въ Африкѣ. Ср. Webster, Primitive Secret Societies, p. 115.

[3]) Характеристики положенія индивида въ догосударственныхъ союзахъ (хотя бы и остающихся послѣ возникновенія государства) у Schurtz, Alterklassen und Menschenverbände и у Visscher, Religion und soziales Leben bei Naturvölkern. B. II, S. 394.

няя обычно въ историческомъ ходѣ вещей побѣждала и родъ, и общину, и помѣщика. Современное государство оказывается монополистомъ принужденія: юридически это выражается въ томъ, что его власть истолковывается какъ первоначальная, ни откуда не заимствованная,—и въ этомъ усматривается даже его критерій. Такая отдаленность государственной власти отъ повинующихся сообщаетъ ей нѣкоторый абстрактный характеръ: эта власть уже не осложняется тѣми интимными, патріархальными переживаніями, которыя связываются съ положеніемъ человѣка въ родѣ, общинѣ, даже въ крѣпостной зависимости. Самое понятіе члена государственнаго союза—подданнаго и гражданина—гораздо болѣе отвлеченно чѣмъ понятіе сородича или сообщинника,—и дѣло здѣсь не только въ численности этого союза: въ него входятъ крайне разнообразныя группы людей, часто чувствующія глубокую отчужденность, иногда прямое взаимное отталкиваніе. Въ современную эпоху государство есть организація власти par excellence; неудивительно, если именно эта власть мыслится, какъ желѣзная грань для личной свободы. Анархизмъ, который объявляетъ войну всякому принужденію и въ немъ видитъ первородный грѣхъ человѣческихъ общежитій, легко забываетъ о деспотизмѣ другихъ союзовъ; онъ склоненъ изображать въ произвольно свѣтлыхъ чертахъ эпохи, отмѣченныя слабостью государственной власти и сосредоточиваетъ силу своего отрицанія на государствѣ. Но и для современнаго человѣка вообще проблема власти въ ея отношеніяхъ къ личной и общественной свободѣ представляется прежде всего въ формѣ проблемы именно государственной власти. Какъ она разрѣшается?

Очевидно, не черезъ простое отрицаніе указанной власти. Съ равнымъ основаніемъ можно было отрицать ту сторону самой человѣческой природы, на которой покоится повиновеніе. Категоричность анархическихъ выводовъ вытекаетъ изъ крайне упрощеннаго представленія объ этой природѣ, похожаго на представленія раціоналистовъ XVIII вѣка и не видящаго въ ней основныхъ противорѣчій. Въ этомъ психологическомъ утопизмѣ, вѣроятно, лежитъ одинъ изъ самыхъ глубокихъ корней утопизма политическаго и соціальнаго.

Не будемъ закрывать глазъ на лежащія здѣсь внутреннія дисгармоніи. Власть не только есть психологическая необходимость: она способна стать великой культурно-этической цѣнностью[1]). Но въ ней есть зародышъ и полнаго порабощенія, которое идетъ въ разрѣзъ съ простымъ чувствомъ самосохраненія подвластныхъ. Сомнѣнія Руссо здѣсь вполнѣ понятны, какъ и та задача, которая поставлена въ Contrat social—найти такую организацію, гдѣ человѣкъ, повинуясь ея власти, повиновался бы своей собственной волѣ, гдѣ зависимость и свобода не переживались бы какъ противоположности [2]). Появляется неотчетливый, часто даже не всегда сознательный запросъ на какой-то противовѣсъ власти, какое-то ея ограниченіе. Въ различныя эпохи, среди различныхъ культуръ онъ удовлетворяется не одинаковымъ образомъ, но въ общемъ его настоятельность и опредѣленность только возрастаетъ.

Современное европейское государство, при всей мощи своей организаціи, о которой не могли и думать старыя деспотіи, обнаруживаетъ глубокую перемѣну въ характерѣ власти. Съ одной стороны послѣдняя все болѣе разсматривается, какъ соціальная функція, какъ нѣчто, существующее не ради самой себя, а ради тѣхъ великихъ заданій, которыя во всѣхъ областяхъ поставлены передъ этимъ государствомъ [3]).

---

[1]) Это одинъ изъ основныхъ мотивовъ «культа героевъ» у Карлейля, On heroes, lec. VI, The hero as King: «there is no act more moral between men than that of rule and obedience. Woe to him that claims obedience when it is not due; woe to him that refuses it when it is... There is a Divine Right or else a diabolic Wrong at the heart of every claim, that one man makes upon another». Это «божественное право» усматривается Карлейлемъ въ исторіи двухъ дѣятелей революціи: Кромвеля и (въ меньшей степени) Наполеона.

[2]) Contrat social, l. I, ch. 6: «trouver une forme d'association, qui défend et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé et par laquelle chacun s'unissant à tous, n'obéira pourtant qu'à lui même, et reste aussi libre, qu'auparavant. Tel est le problème fondamental dont le contrat social donne la solution».—Подобный же смыслъ получаетъ у Штаммлера идея «общества свободно хотящихъ людей» (Die Gemeinschaft frei wollender Menschen), которая для него впрочемъ имѣетъ чисто регулятивное значеніе—какъ критерій, прилагаемый къ оцѣнкѣ соціальныхъ принудительныхъ нормъ. Wirtschaft und Recht, S. 576.

[3]) Къ этой власти въ общемъ примѣнимо опредѣленіе Л. І. Петра-

Послѣднія требуютъ сильнаго и авторитетнаго правительства, властнаго воздѣйствія на жизнь націи; государственная организація, неспособная удовлетворить этимъ требованіямъ, оказывается вообще нежизнеспособной. Современный премьеръ англійскаго кабинета—одинъ изъ могущественнѣйшихъ людей на земномъ шарѣ, реально несравненно болѣе могущественный, чѣмъ Людовикъ XIV, но вся его власть основана на довѣріи къ его способности осуществлять великіе національные замыслы и на связанной съ этимъ довѣріемъ отвѣтственностью.

Съ другой стороны власть въ современномъ государствѣ принимаетъ все болѣе и болѣе правовой обликъ. Есть несомнѣнная связь между этой правовой формой и измѣненіемъ самаго содержанія; оба явленія суть проявленія извѣстной раціонализации власти, но они вытекаютъ изъ различныхъ потребностей, и между ними мыслимо представить даже извѣстный антагонизмъ. Правовой характеръ власти явственнѣе опредѣляетъ послѣднюю въ отрицательномъ, чѣмъ въ положительномъ смыслѣ, съ нимъ совмѣстимы весьма различныя направленія и объемъ государственной дѣятельности. Потребности такого отрицательнаго опредѣленія отвѣчаетъ по крайней мѣрѣ первоначально и понятіе правового государства. Послѣднее нисколько не отвергаетъ принципа власти, запечатлѣвшагося вѣками въ человѣческой природѣ, но оно стремится создать возможную гармонію между нимъ и другими сторонами этой природы, прежде всего вытекающимъ изъ нея исканіемъ сохранить за подвластнымъ извѣстную сферу правовой самостоятельности.

Государство не единственная организація властвованія

жицкаго: «государственная власть есть... соціально служебная власть. Она не есть «воля», могущая дѣлать что угодно, опираясь на силу, какъ ошибочно полагаетъ современное государствовѣдѣніе, а представляетъ собой приписываемое извѣстнымъ лицамъ правовой психикой этихъ лицъ и другихъ общее право повелѣній и иныхъ воздѣйствій на подвластныхъ для исполненія долга заботы объ общемъ благѣ».—Теорія права и государства, т. I, с. 217. Подобное «приписываніе» свойственно государству не съ начала его существованія. Соціально-служебной становится власть въ итогѣ долгаго и тяжелаго историческаго процесса.

и повиновенія, и потребность ввести эти послѣднія въ правовыя грани не характеризуетъ исключительно его. Въ семьѣ, въ вѣроисповѣдной общинѣ, въ политической партіи, во всякомъ союзѣ, всюду, гдѣ есть люди съ ихъ страстями, съ деспотизмомъ и соблазномъ подавленія чужой воли, можетъ живѣйшимъ образомъ чувствоваться необходимость указанныхъ ограниченій. Но здѣсь часто имѣется извѣстная интимность или по крайней мѣрѣ сравнительная близость между властвующими и повинующимися, могутъ быть и бытовые коррективы, смягчающіе суровое господство. Главное же ограниченіе власти въ этихъ союзахъ создается самимъ государствомъ, охраняющимъ его членовъ отъ того, чтобы къ нимъ не предъявлялось требованій, противныхъ ихъ положенію какъ подданныхъ и гражданъ. Законы, предписывающіе обязательное обученіе или регулирующіе трудъ малолѣтняго на фабрикѣ, ограничиваютъ родительскую власть и этимъ самымъ ограждаютъ ей подвластныхъ. Можно здѣсь напомнить и объ институтѣ «appel comme d'abus», въ силу коего, при всей широтѣ притязаній католической церкви на юрисдикцію, рѣшенья ея судовъ могли быть обжалованы передъ свѣтской властью[1]). Для государства такой стоящей надъ нимъ организаціи не существуетъ, аппеллировать отъ него некуда, и потребность найти грань его властвованія чрезвычайно усугубляется этимъ его исключительнымъ положеніемъ. Правовой характеръ, сообщенный государственной власти, въ современной обстановкѣ является необходимымъ условіемъ для обезпеченія господства права среди всякихъ другихъ общественныхъ отношеній [2]). Здѣсь проявляется между прочимъ орга-

---

[1]) Само собой разумѣется, это нисколько не касается вопроса о канонической правомѣрности даннаго института.

[2]) Необходимое здѣсь, конечно, не значитъ достаточное: мы знаемъ, съ какимъ трудомъ уступаетъ воздѣйствію законодательной власти создавшійся вѣками бытовой укладъ. Особенно рѣзко это сказывается, какъ и можно ожидать, въ семейномъ правѣ. Эрлихъ приводитъ интересный примѣръ. Австрійское гражданское уложеніе, поскольку оно касается семейнаго права, проникнуто совершенно индивидуалистическимъ міровоззрѣніемъ, оно даетъ сравнительно съ другими европейскими законодательствами весьма широкую самостоятельность женѣ и дѣтямъ. И однако румынскій крестьянинъ изъ Буковины, жившій подъ властью этого закона,

ническая связь устойчивыхъ элементовъ государственнаго строя—матеріальнаго конституціоннаго права—и всей текущей государственной дѣятельности.

Таково въ самыхъ общихъ чертахъ значеніе проблемы. Но отсюда еще чрезвычайно большое разстояніе до того, чтобы раскрыть конкретный смыслъ понятія правового государства. Выдающіеся изслѣдователи искали установить существенные признаки этого государства въ наличности тѣхъ или другихъ учрежденій и формъ ихъ дѣятельности—въ господствѣ законодательной власти, осуществляемой при участіи народнаго представительства, въ подзаконности управленія, въ отвѣтственности правительства, въ независимости и самостоятельности суда общаго и административнаго, въ обезпеченіи за отдѣльными гражданами публичныхъ правъ. Ясно, насколько всѣ эти особенности при всемъ ихъ принципіальномъ значеніи отмѣчены печатью относительнаго: здѣсь мы имѣемъ предъ собой приспособленія политической техники, которая, какъ всякая другая техника, должна постепенно обновляться. Напротивъ того, самое стремленіе къ верховенству права, какъ и созидающій его запросъ человѣческаго духа, есть во всякомъ случаѣ нѣчто несравненно болѣе устойчивое и пребывающее. Очень вѣроятно, наши потомки безо всякаго особаго піэтета отнесутся къ идеаламъ современной конституціонной политики, усмотрятъ въ нихъ лишь историческій интересъ; но совершенно невѣроятно,—противорѣчитъ всѣмъ нашимъ представленіямъ о развитіи общества,—чтобы они менѣе напряженно, чѣмъ ихъ предки, искали въ своемъ государствѣ, какую бы форму послѣднее ни приняло, воплотить правовыя начала. Отсюда какъ будто дается извѣстное основаніе предполагать, что правовое государство есть понятіе по существу метаюридическое, что въ немъ заключаются элементы пребывающіе и измѣнчивые, что его проблема охватываетъ и средства и цѣли.

сохранялъ почти нетронутымъ обликъ римскаго pater familias, а въ семьѣ его господствовало чистое полновластіе домовладыки. Grundlegung der Soziologie des Rechts, S. 298.

Прежде чѣмъ углублять указанныя предположенія, приходится остановиться на коренной предпосылкѣ самаго принципа правового государства. Кажется, ее всего точнѣе можно формулировать, какъ относительную взаимную независимость права и государства.

Нѣтъ надобности говорить, что современное государственное право какъ нельзя болѣе далеко отъ ученій стараго естественнаго права, гдѣ самое возникновеніе государства мыслилось въ видѣ чисто юридическаго акта, совершающагося въ предѣлахъ уже отъ вѣка установленныхъ и дѣйствующихъ правовыхъ нормъ [1]). Если мы возьмемъ договорную теорію въ истолкованіи хотя бы Локка и Пуффендорфа, у насъ останется впечатлѣніе, что всякое государство есть въ сущности правовое: правовая основа ему такъ сказать прирождена, и слабость ея—лишь результатъ нѣкотораго болѣзненнаго извращенія: государство произвола—это уже не настоящее государство [2]). Здѣсь слѣдовательно борьба можетъ вестись лишь за сохраненіе изначала существующаго, а не за пріобрѣтеніе новаго [3]). Подобный взглядъ безвозвратно разрушенъ.

[1]) Глубокія критическія замѣчанія по адресу этой естественно-правовой доктрины государства мы не совсѣмъ ожиданно найдемъ у Шлейермахера въ его Lehre vom Staat. Совершенно правильно Шлейермахеръ усматриваетъ essentiale государства во властвованіи и подчиненіи, хотя и нельзя вмѣстѣ съ нимъ признать, что всюду, гдѣ есть противоположность властвующихъ и подвластныхъ (Gegensatz von Obrigkeit und Untertum), тамъ имѣется на лицо и государство (S. 3).

[2]) Мы не говоримъ здѣсь о договорной теоріи вообще. Ни для Руссо, („comment ce changement s'est-il fait? Je l'ignore. Qu'est ce qui peut le rendre légitime? Je crois pouvoir resoudre cette question.") ни тѣмъ болѣе для Канта договоръ не является историческимъ фактомъ, а лишь правовымъ принципомъ; имъ не объясняется происхожденіе, а дается обоснованіе государству. При этомъ соотвѣтствіе договору есть только критерій, прилагаемый къ данному эмпирическому государству. Такое пониманіе договора совмѣстимо съ очень опредѣленнымъ признаніемъ внѣправоваго происхожденія государства.

[3]) Съ этой стороны старая естественно-правовая доктрина скорѣе соотвѣтствуетъ ученію о врожденности правовыхъ идей, чѣмъ эмпиризму англійской философіи, въ частности Локка. Читая Essay on human undertsanding (no innate ideas!) не ожидаешь встрѣтить въ разсужденіяхъ Локка по поводу происхожденія государства такого раціоналистическаго апріоризма, который весьма мало затушевывается этнографическимъ примѣрами,

Впрочемъ и у новѣйшихъ сторонниковъ правового верховенства нерѣдко государство представляется какъ-бы сливающимся съ системой правовыхъ нормъ; наиболѣе яркимъ примѣромъ здѣсь можетъ служить Краббе [1]). Но столь же мало соотвѣтствуетъ идеѣ правового государства противоположное ученіе, въ силу котораго государство есть единственный творецъ права, а никакого внѣ-государственнаго права существовать не можетъ [2]). Это ученіе пользовалось и пользуется до сихъ поръ значительнымъ распространеніемъ въ нѣмецкой [3]) юридической литературѣ [4]), гдѣ его особенно ярко представляли Зейдель и Борнгакъ, къ нему тяготѣетъ Лабандъ, и послѣдніе выводы изъ него сдѣлалъ Гумпловичъ, признавшій, что самая идея правового государства совершенно иллюзорна, го-

---

разсѣянными въ Two treatises of civil government. Впрочемъ такое различіе въ стилѣ философскихъ обоснованій и политико-юридической разработки мы найдемъ не у одного Локка: человѣческія міровоззрѣнія вовсе не такъ проникнуты единствомъ, какъ это намъ кажется, когда мы переоцѣниваемъ роль логики въ нашей умственной жизни. Эта врожденность правовыхъ идей получаетъ особенно выразительную формулировку у Вико,— по Карле болѣе выразительную, чѣмъ у Гуго Гроція. Напр. De uno et universo iuris principio et fine uno: «utilitas non est causa iuris, sed occasio fuit, per quam homines natura sociales et originis vitio divisi ad celebrandam suam socialem naturam raperentur». Это мѣсто находится не въ Proloquium, какъ ошибочно указываетъ Карле, а въ l. I, c. 46 (ad. Ferrari, v. II, p. 26). Ср. Carle, La vita del diritto, p. 319.

[1]) Die Lehre der Rechtssouveränität, S. 193, 245 (власть государства исключительно правовая). Когда авторъ противополагаетъ государственный и правовой суверенитетъ, мысль его оставляетъ желать многаго въ отношеніи ясности: идетъ ли рѣчь объ измѣненіи самаго государства или воззрѣній на государство, государственно-юридической рефлексіи? Съ другой стороны положеніе, какъ «das Recht erzeugt das Machtverhältniss» (S. 135—6) должно ли пониматься de lege lata или de lege ferenda? Вообще въ этой интересной и замѣчательной книгѣ слишкомъ чувствуется недостатокъ болѣе углубленнаго теоретико-познавательнаго освѣщенія разбираемыхъ проблемъ. Ср. Н. И. Паліенко, Ученіе о сущности правъ и правовой связанности государства, с. 335.

[2]) Kloeppel, Recht und Obrigkeit, S. 129.

[3]) Какъ и въ англійской, гдѣ такъ сильно сказывается вліяніе Остина. Мы еще къ нему вернемся.

[4]) Не только юридической. Оно всецѣло воспроизводится въ такой популярной и широко распространенной книгѣ, какъ Paulsen, System der Ethik, B. II, S. 546.

сударство стоитъ внѣ всякихъ правовыхъ опредѣленій, да и самое публичное право совсѣмъ неправильно такъ именуется и благодаря столь неточному обозначенію сближается съ единственнымъ правомъ, дѣйствительно заслуживающимъ этого наименованія—частнымъ [1]).

Въ настоящее время едва ли есть надобность отстаивать самостоятельное происхожденіе и значеніе права: достаточно напомнить блестящую и исчерпывающую критику государственныхъ теорій у Л. І. Петражицкаго [2]). Для нашей цѣли достаточно указать, что подобное верховенство государства дѣйствительно исключаетъ сколько-нибудь прочное обоснованіе его правого органиченія, и здѣсь нельзя не признать за Гумпловичемъ преимущества послѣдовательности по сравненію съ Зейделемъ и Борнгакомъ [3]).

---

[1]) Эти мысли Гумпловичъ съ нѣсколько утомительнымъ однообразіемъ повторялъ почти во всѣхъ своихъ работахъ. Лучшее выраженіе онѣ нашли въ его Rechtsstaat und Sozialismus—вѣроятно самомъ сильномъ изъ его произведеній—(если не считать болѣе специальной превосходной монографіи: Der Kampf der Sprachen und Nationalitäten in Oesterreich-Ungarn). Ср. также его Philosophisches Staatsrecht и Grundriss der Soziologie.

[2]) Теорія права и государства, т. І, с. 262. Интересно у Hölder, Natürliche und juristische Personen, S. 71 u. s. w.—Характерно, что и католическіе писатели—въ согласіи не только съ томистической философіей, но и съ силлабусомъ Пія IX, рѣшительно утверждаютъ независимость права отъ государства. Catherin, Die Aufgaben der Staatsgewalt und ihre Grenzen. S. 50. Ср. Moy de Sous, Grundlinien einer Philosophie des Rechtes aus katholischem Standpunkte, B. II, S. 29. Haring, Der Rechts und Gesellschaftsbegriff in der katholischen Ethik, S. 104. Популяризація, напр. у Hertling, Recht, Staat und Gesellschaft, S. 73.— Блестящее соціологическое доказательство этого тезиса дано въ книгѣ Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechtes, заслуживающей вниманія всѣхъ, кто интересуется наукой объ обществѣ вообще.

[3]) Отголоски государственной теоріи мы находимъ даже у Аффольтера, вообще не склоннаго идти проторенными путями: согласно ему, всякое право есть первоначально лишь политическое представленіе, но обращается оно въ право только въ государствѣ. Съ этимъ трудно согласовать утвержденіе, что «das Recht ist Vorraussetzung, Bestandteil der Organisation und das zwischen Gliedern und Organen bestehendes Verhältniss». Studien zum Staatsbegriffe въ Archiv für das öffentliche Recht 1902, S. 114. Можно указать здѣсь также и на теорію нормъ въ томъ по крайней мѣрѣ видѣ, который она получила у Биндинга въ монографіи: «Die Normen

Утвержденіе указанной относительной независимости, конечно, не составляетъ чего-либо новаго, и въ общемъ къ нему именно склоняется современная государственно-правовая литература. Среди нѣмецкихъ юристовъ на немъ особенно настаивалъ Гирке: хотя право и государство тѣсно связаны другъ съ другомъ, они имѣютъ самостоятельное происхожденіе и значеніе. Еще въ 1874 г., возражая Зейделю, онъ писалъ: «не есть ли это грубѣйшая фикція—представлять, что государство въ какой-нибудь моментъ своего существованія можетъ существовать безъ права, что сначала было создано господство, а затѣмъ возникли правовыя идеи? Въ дѣйствительности государство и право возникли и выросли въ тѣсномъ взаимодѣйствіи» [1]. Право и государство какъ бы равноправны (ebenbürtig). Оба возникли самостоятельно: государство есть воплощеніе всеобщей воли, право—выраженіе всеобщаго сознанія [2]. Ихъ задачи не тождественны, но отчасти другъ дру-

---

und ihre Ubertretung», касающейся впрочемъ спеціально уголовнаго права. Предпосылкой установленія въ государствѣ права является Recht auf Botmässigkeit, въ которомъ вмѣщается и государственное господство, B. I, S. 423. Само собой разумѣется, теорія нормъ можетъ и не быть пріурочена къ государству и его велѣніямъ, какъ это мы видимъ у Тона и особенно у Бирлинга; по опредѣленію послѣдняго право есть «alles was Menschen, die in irgend welcher Gemeinschaft miteinander leben, als Norm und Regel dieses Zusammenlebens wechselseitig anerkennen»—Juristische Prinzipienlehre, B. I, S. 19. Ср. Lasson, System der Rechtsphilosophie, S. 287: «deshalb gilt ebensowohl der Satz: kein Recht ohne Staat, als der Satz kein Staat als zur Aufrechthaltung des Rechtes.»—Оба положенія одинаково непріемлемы. Впрочемъ эта предустановленная гармонія права и государства разрушается самимъ авторомъ: S. 384 «nun fehlt jede Gewähr, dass da, wo die Macht ist, auch der Wille des Rechtes ist.»

[1]) Die Grundbegriffe des Staatsrechtes und die neuesten Staatstheorien въ Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft, B. 30, 1874, S. 178; S. 179: «unserem heutigen Bewusstsein ist es klar geworden, dass Staat und Recht zwei selbstständige Functionen des menschlichen Gemeinlebens sind, die einander voraussetzen und bedingen, keineswegs aber sich decken oder im Verhältniss von Ursache und Wirkung stehen. Staat und Recht sind uns eins nicht ohne das andere denkbar, aber keines von Beiden besteht von anderen und durch das andere».

[2]) Ib., S. 311: «der Staat ist der Niederschlag des allgemeinen Willens, das Recht aber ist der Ausfluss des allgemeinen Bewusstseins. Ср. Johannes Althusius, S. 318.

га покрываютъ. Эта формулировка отличается той расплывчатостію, которой вообще не чуждъ Гирке, но она соотвѣтствуетъ обычной въ настоящее время постановкѣ вопроса [1]). И если государство не можетъ быть совсѣмъ лишено правовыхъ элементовъ, то степень его проникновенія послѣдними бываетъ крайне различна. Надо сознаться, въ самомъ сопоставленіи права и государства, какъ однородныхъ въ логическомъ смыслѣ, есть нѣчто претящее; эти понятія лежатъ такъ сказать въ разныхъ плоскостяхъ. Нельзя поэтому признать удачнымъ и сопоставленіе ихъ, которое мы встрѣчаемъ у Гирке—съ сознаніемъ и волей. Методологически предпочтительнѣе было бы говорить о правѣ и власти, для которыхъ, быть можетъ, открылись бы психологическіе эквиваленты, подобные указаннымъ у Гирке. Власть и право—двѣ стихіи государства, хотя не въ одинаковой степени первоначальныя. Однако мы можемъ пользоваться и обычнымъ сопоставленіемъ права и государства, если только не забудемъ, что essentiale государства—власть, особымъ образомъ квалифицированная, но все-же именно власть.

Несомнѣнно, право имѣетъ весьма длинную догосударственную исторію [2]), и послѣдняя вполнѣ подтверждаетъ слова Беккера, что право возникаетъ съ союзомъ; нѣтъ союза безъ

---

[1]) Значительно болѣе отчетливо и ясно чѣмъ Гирке выражаетъ эту мысль Генель. См. его Studien zum deutschen Staatsrechte, B. II, S. 199: «sofern sich diese (Іеллинека) Auffassung gegen den wunderlichen Irrtum kehrt, als ob der Staat jemals zu einer Rechtserscheinung verflüchtigt worden könnte, ist sie in ihrem vollen Recht. Gewiss, der Staat ist Faktizität, ist Macht, ist wirksames, allseitiges und überwältigendes Wollen und Dürfen... Aber weit darüber hinaus liegt es, wenn das Recht in irgend einem Sinne aufgefasst wird, als ein dem Staate nur zufällig und äusserlich hinzutretendes Element, das er sich beliebig setzen und von dem er beliebig absehen kann, als eine Erscheinung, welche erst durch seinen freien Willensschluss erzeugt ist und welche darum historisch oder begrifflich nur die Folge des Staates, als der ihr vorangehenden Ursache ist».

[2]) Уже Арнольдъ въ своей книгѣ Cultur und Rechtsleben, вышедшей въ 1865 г., указываетъ, насколько въ языкѣ обозначенія права древнѣе, чѣмъ обозначенія государства, S. 164. Мастерская характеристика быта древнихъ арабовъ съ развитымъ правомъ, но безъ государства въ этюдѣ Вельгаузена: Ein Gemeinwesen ohne Obrigkeit.

права [1]). Достаточно здѣсь напомнить хотя бы о столь развитой и сложной системѣ экзогамическихъ правилъ, распространенныхъ среди самыхъ разнообразныхъ племенъ земного шара, системѣ, столь характерной для кланового строя съ господствомъ тотемизма [2]). Менѣе всего въ настоящее время было-бы основательно представлять себѣ догосударственный бытъ какимъ-то царствомъ личной воли и личнаго самоопредѣленія, анархической аркадіей [3]). Первобытное право связываетъ человѣка по рукамъ и по ногамъ, и въ первобытной кровной организаціи—естественной или фиктивной—личность растворяется безъ остатка [4]), какъ и все вмѣненіе—эта основа признанія личности—носитъ чисто родовой характеръ.

[1]) Grundbegriffe des Rechtes und Missgriffe der Gesetzgebung, S. 41, 47: «kein Verband ohne Recht; болѣе спорно—kein Recht ausserhalb der Verbände». Но существуетъ ли общежитіе безъ союзовъ? Ср. Schurtz, Alterklassen und Männerverbände и его Urgeschichte der Kultur, S. 94 u. s. w. (о разнообразіи и развитіи этихъ первобытныхъ союзовъ).

[2]) Объ этомъ сводъ новѣйшихъ данныхъ у Frazer, Totemism and Exogamy, v. I—IV; особенно важенъ v. IV, p. 3—40 (Totemism and Exogamy) и p. 71—169 (The origin of exogamy). Согласно автору, экзогамическое право въ общемъ соотвѣтствовало жизненнымъ интересамъ первобытнаго человѣка. См. p. 169: «exogamy has been an instrument in the hands of that known power, the masked wizard of history, who by some mysterious process some subtle alchemy so often transmutes in the crucible of suffering the dross of folly and evil into the fine gold of wisdom and good». Ср. Durkheim, Les prohibitions de l'inceste въ L'année sociologique, Première année p. 28. Crawley, The mystic rose p. 443.

[3]) Ее нисколько не напоминаетъ и извѣстная среди этнографовъ картина первобытнаго абсолютнаго равенства обитателей Огненной Земли, которую даетъ въ описаніи своего кругосвѣтнаго путешествія Дарвинъ, Journal of research, 15 January 1833 (ed. 1840, p. 242). Впрочемъ это состояніе чистой безформенности и неорганизованности не вполнѣ подтверждается позднѣйшими изслѣдователями изображенныхъ здѣсь племенъ. Ср. Ratzel, Völkerkunde, B. II, S. 677.

[4]) Говорить такъ не значитъ утверждать обычную схему, по которой всегда и вездѣ родовые союзы предшествовали территоріальнымъ. Подобныя схемы совершенно не соотвѣтствуютъ духу современной этнографіи съ ея столь справедливымъ недовѣріемъ къ предвзятымъ обобщеніямъ, съ ея стремленіемъ идти впередъ, тщательно изслѣдуя и сопоставляя фактическій матеріалъ. Неправильности обычнаго утвержденія относительно повсемѣстнаго господства родового быта, который предшествуетъ всякимъ территоріальнымъ союзамъ, указаны въ статьѣ А. Н. Максимова, Теорія родового

Конечно, контрастъ этого догосударственнаго и государственнаго состоянія совершенно относительный: самое происхожденіе государства не можетъ быть пріурочено къ какому-нибудь опредѣленному моменту вообще, [1]) и прежде чѣмъ внѣшній толчекъ, какая-нибудь коренная перемѣна въ обстановкѣ замѣтно ускоритъ его образованіе, зародыши государственной организаціи сохраняются долгое время въ кровнородственныхъ союзахъ. Весь психическій матеріалъ, необходимый для существованія хотя бы и самой элементарной государственной организаціи, накапливается вѣками [2]). Но разъ подобный толчекъ данъ, разъ явственно сложилось государство, традиціонное право обычно начинаетъ терпѣть существенныя измѣненія. Государство разрываетъ много старыхъ связей и лишаетъ силы старыя повелѣнія и заповѣди, но на ихъ мѣсто ставитъ новыя, неизвѣданныя, какъ и на смѣну принужденію привычному, автоматическому, оно несетъ принужденіе, требующее новыхъ, чуждыхъ нравамъ и привычкамъ человѣка дѣйствій, сознаваемое какъ гнетъ. Оно не всегда останавливается передъ освященными вѣрованіями, родовымъ піэтетомъ, какъ не остановился передъ ними Креонъ, недоступный чувствамъ Антигоны [3]). Повино-

быта. Сборникъ въ честь семидесятилѣтія проф. Д. Н. Анучина, стр. 333. Но все же это лишь поправки. Общая тенденція соціальнаго развитія все же идетъ отъ связи кровно-родственной къ связи, основанной на совмѣстной осѣдлости.

[1]) Это съ точки зрѣнія этнографіи подчеркиваетъ Schurtz, Urgeschichte der Kultur, S. 168. O «Herdennatur des Menschen» y Vierkandt, Naturvölker und Kulturvölker, S. 79.

[2]) Можно сопоставить это съ извѣстнымъ представленіемъ Бюхера о дохозяйственномъ существованіи человѣка, когда у послѣдняго нѣтъ никакой хозяйственной предусмотрительности и заботы, когда его потребности удовлетворяются изо дня въ день. Arbeit und Rhythmus, S. 8. Очевидно грань, съ которой, по Бюхеру, начинается человѣческое хозяйство, вовсе не можетъ быть пріурочена къ опредѣленной хронологической датѣ. Homo politicus, какъ и homo oeconomicus, суть продукты непрерывнаго созидательнаго развитія, а не отдѣльныхъ творческихъ актовъ исторіи.

[3]) V. 450 etc. На вопросъ Креона, какъ осмѣлилась Антигона преступить его повелѣнія, она отвѣчаетъ:

οὐδὲ σθένειν τοσοῦτον ᾠόμην τὰ σά
κηρύγμαθ', ὥστ' ἄγραπτα κἀσφαλῆ θεῶν
νόμιμα δύνασθαί θνητὸν ὄνθ' ὑπερδραμεῖν.

веніе привычное, подобно окружающему насъ и равномѣрно давящему воздуху, незамѣтно, и вспоминая о немъ въ прошломъ мы часто не помнимъ какого-либо умаленія нашей личности; въ этомъ—и только въ этомъ—смыслѣ можно говорить объ утратѣ первобытной свободы съ образованіемъ государства. Быть можетъ это чувство утраты отразилось въ образѣ послѣдовательнаго ухудшенія жизни—образѣ, въ которомъ еще Гезіодъ воплотилъ своего рода философію исторіи [1]) и съ которомъ вообще мы такъ часто встрѣчаемся въ самыхъ раннихъ попыткахъ объяснить судьбу людей, обреченныхъ на всѣ тягости и несовершенства земного существованія.

При свѣтѣ современныхъ этнографическихъ изслѣдованій нельзя уже сводить происхожденіе государства къ какой-либо единой причинѣ [2]). Несомнѣнно, напримѣръ, здѣсь чрезвычайно сильно воздѣйствовала военная потребность, наступательная или оборонительная, которая вызываетъ новую дисциплину, связующую группы, до сихъ поръ крайне слабо сплоченныя [3]). Классическая фраза Цезаря, выражающая эту роль войны въ бытѣ германцевъ, могла бы получить свое подтвержденіе въ цѣломъ рядѣ областей земного шара и эпохъ человѣческой исторіи: in pace nullus est communis magistratus, sed principes regionum ac pagorum inter suos ius dicunt.[4]) При всѣхъ своихъ преувеличеніяхъ и схематизмѣ Гумпловичъ вѣрно подчеркиваетъ этотъ

---

[1]) Ἔργα καὶ ἡμέραι v. 95—134.

[2]) Насколько еще сильны здѣсь апріорныя представленія, лучше всего можно видѣть на примѣрѣ, вѣроятно, величайшаго современнаго историка Э. Мейера, въ глазахъ котораго государство есть первичная форма человѣческаго общенія, старѣйшая по сравненію съ кровными союзами и семьей—и при томъ «nicht nur begrifflich, sondern auch geschichtlich»—«die primitive Form der menschlichen Gemeinschaft... und sein Ursprung noch ä l t e r i s t, die Menschengeschichte überhaupt»—Geschichte des Altertums, B. I (1910), S. 11; S. 35 u. s. w.

[3]) E h r l i c h, Grundlegung der Soziologie des Rechts, S. 111. О культурномъ значеніи этихъ первоначальныхъ столкновеній между людьми парадоксальныя, но интересныя мысли у S t e i n m e t z, Die Philosophie des Krieges, S. 21 и ос. S. 190: «ohne Krieg kein Staat». Cp. R a t z e n h o f f e r, Wesen und Zweck Politik, B. I, S. 130; S. 193 (Ратценгоферъ въ общемъ вѣрный послѣдователь Гумпловича).

[4]) Comment. de bello gallico, I. VI; c. 23.

часто встрѣчающійся военно-насильственный характеръ первобытнаго государства, столь непохожій на картины мирнаго синойкизма, знакомаго изъ авторовъ классической древности [1]). Въ другихъ мѣстахъ вмѣсто столкновеній съ врагомъ-человѣкомъ велась борьба съ трудно укротимыми стихіями природы, борьба за плодоносную землю, за питательную влагу,—и она также учила людей суровой до безпощадности дисциплинѣ и полному ихъ подчиненію[2]). Въ иныхъ получитъ особое подтвержденіе мысль Энгельса, и политическое подчиненіе окажется подготовленнымъ хозяйственной зависимостью—которая вытекаетъ изъ новыхъ формъ обезпеченія средствъ жизни [3])—и здѣсь впрочемъ часто можно было бы говорить о внутреннемъ завоеваніи однихъ группъ другими. Наконецъ, нельзя оставить безъ вниманія и душевнаго міра первобытнаго человѣка съ обычнымъ въ немъ господствомъ симпатической магіи, такъ ярко изображеннымъ въ трудахъ Фразера [4]). Въ мірѣ этихъ представленій мы можемъ найти совсѣмъ иные корни образованія государства: новая зависимость вытекаетъ изъ признанной магической способности жреца-вождя, способности, которая, распространяясь на окружающій человѣка міръ, въ силахъ приносить и благоденствіе

---

[1]) Интересныя возраженія противъ взгляда, связывающаго самое происхожденіе (а не развитіе) государства съ войной, у Holsti, The relation of war to the origin of the state—ос. р. 116; 132, 265 etc. Авторъ—ученикъ и послѣдователь Вестермарка—указываетъ на противорѣчія между приведенными выводами Штейнмеца въ его «Die Philosophie des Krieges» и этнологически гораздо болѣе обоснованной его предшествующей работой: Ethnologische Studien zur ersten Entwickelung der Strafe, S. 73—79.

[2]) Весьма важно было бы дополнить богатый этнографическій матеріалъ, который находится въ нашемъ распоряженіи касательно самыхъ раннихъ стадій государства, данными антропогеографіи. Много цѣнныхъ замѣчаній разсѣяно у Э. Реклю, Ратцеля, Льва Мечникова и т. п.

[3]) Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staates; выводы, S. 121 u. s. w.

[4]) The Golden Bough, 2 ed. v. I—III, особ. v. I, p. 137 etc. а также Lectures on the Early History of the Kingship и послѣдняя двухтомная работа (1911) The Magic Art and Evolution of Kings. (Golden Bough, 3 edition, I part). Cp. Durkheim, Les formes élémentaires de la vie religieuse, p. 508; Visscher, Religion und soziales Leben bei den Naturvölkern, B. II. S. 327.

и гибель. Но какъ ни разнообразны причины, ускоряющія образованіе государства, всюду оно слагается въ стихіи внѣшняго или внутренняго насилія, въ стихіи, которая чужда традиціонному праву, которая легко мыслится ему противоположной—и прежде чѣмъ государство станетъ силой правообразующей, оно является по преимуществу силой праворазрушающей. Печать этого первобытнаго насилія, такъ ярко изображеннаго Августиномъ, не изглажена всей многовѣковой сознательной работой человѣчества надъ приспособленіемъ и усовершенствованіемъ его государственнаго быта.

И въ то же время—задолго до появленія какой-нибудь юридической рефлексіи—среди подвластныхъ появляется явственное стремленіе къ тому, чтобы у государственной власти были иныя границы, кромѣ физической невозможности. Происхожденіе его слишкомъ понятно: оно вытекаетъ изъ осмысленнаго инстинкта самосохраненія—изъ того инстинкта, который заставлялъ порабощенную массу привѣтствовать хотя бы суровые законы, приходящіе на мѣсто чистаго произвола властителей. Болѣе неожиданно, что это стремленіе находитъ извѣстный откликъ и у держателей государственной власти. Они вводятъ эту власть въ извѣстныя правовыя формы, сами налагаютъ на себя извѣстныя ограниченія даже тогда, когда объективная для этого необходимость какъ будто отсутствуетъ. Какъ объяснить это?

А объяснить необходимо. Иногда проблема самоограниченія власти какъ будто снимается съ очереди на томъ основаніи, что здѣсь нѣтъ вообще ограниченія, а есть только воздержаніе отъ извѣстныхъ дѣйствій, не нужныхъ для цѣли, которую преслѣдуетъ государство [1]). Но такое воздержаніе простирается и на дѣйствія, которыя несомнѣнно соотвѣтствовали бы цѣли, какъ ее понимаютъ руководители государства. При подобномъ объясненіи вовсе не устраняется очевидная двойственность власти и права, раскрывающаяся во всей исторіи государства и создающая многообразные конфликты, которые разрѣшаются путемъ напряженной борьбы — разрѣшаются при томъ всегда только до извѣстной степени. Власть не создала права, но она и не создана имъ.

---

[1]) Schuppe, Der Begriff des subjectiven Rechtes, S. 82; S. 329.

На первый взглядъ наиболѣе простой отвѣтъ даетъ здѣсь Iерингъ, который стремится лишить всякой загадочности проблему государственнаго самоограниченія Она въ его глазахъ есть лишь частный случай общей проблемы самоограниченія [1]. Исторія власти на землѣ есть исторія человѣческаго эгоизма, но этотъ самый эгоизмъ научаетъ людей обуздывать свои естественные импульсы. Сначала побѣжденнное населеніе истреблялось, затѣмъ его стали обращать въ рабство, а еще позднѣе— побѣдители стали ограничиваться наложеніемъ на него дани: уже здѣсь раскрываются передъ нами этапы по пути самообузданія, побѣды надъ собственнымъ произволомъ, по пути взаимопроникновенія права и силы. Однако право никогда не можетъ служить самоцѣлью, никогда оно также не можетъ вытѣснить основной стихіи государства—силы. Слабость власти есть смертный грѣхъ государства, который менѣе прощается его руководителямъ, чѣмъ жестокость и произволъ [2]. Государство, обладая абсолютной монополіей принужденія, является въ то же время и единственнымъ создателемъ права [3]. Въ томъ и состоитъ основное различіе нормъ права отъ нормъ обычныхъ и моральныхъ, что у первыхъ ихъ повелительная сила обезпечивается государствомъ, у вторыхъ и третьихъ,—обществомъ. Власть, конечно, подчиняется праву и закону, но когда она это дѣлаетъ,

---

[1]) Ihering, Der Zweck im Rechte 3 Aufl. 1893, B.I, S. 47. Ср. замѣчанія у Dahn, Die Vernunft im Rechte, S. 20.

[2]) Можно сопоставить здѣсь слова Iеринга съ энергическими словами Салеменеса въ байроновскомъ Сарданапалѣ. На слова царя: «by the god Baal! The man would make me tyrant» онъ отвѣчаетъ: «so thou art.

Think'st thou there is no tyranny but that
Of blood and chains? The despotism of vice—
The weakness and the wickedness of luxury—
The negligence—the apathy—the evils
Of sensual sloth—produce ten thousand tyrants,
Whose delegated cruelty surpasses
The worst acts of one energetic master
However harsh and hard in his own bearing».

[3]) Ib., S. 318. Ср. S. 320: kein anderes Kriterium des Rechtes als Anerkennung und Verwirklichung desselben durch die Staatsgewalt. По Iерингу въ извѣстномъ смыслѣ право такъ же относится къ государству, какъ религія—къ Богу (Recht—Sicherheitsgefühl im Staat; Religion—Sicherheitsgefühl im Gott.).

она руководится собственнымъ интересомъ: право есть лишь хорошо понятая политика государственной власти. Первоначально норма имѣетъ характеръ индивидуальнаго приказанія, затѣмъ она является односторонней, но все же вводитъ въ требуемое повиновеніе порядокъ и равенство, которые возможны и въ деспотіи; наконецъ она пріобрѣтаетъ двухстороннюю силу: сама государственная власть, создавшая эти нормы, имъ повинуется [1]). Конечно, нельзя принудить такіе органы государственной власти, какъ монарха или присяжныхъ, къ выполненію ихъ государственно-правовыхъ обязанностей; но эти обязанности остаются правовыми, а не только моральными и, какъ правило, соблюдаются. Вся указанная система ограниченій однако сама имѣетъ неизбѣжный предѣлъ въ требованіяхъ государственнаго блага, которое не можетъ быть противополагаемо благу народному. Желать, чтобы законъ связывалъ власть въ наивозможно большей степени, значитъ поддаваться опасному суевѣрію и забывать объ отвѣтственности, которая лежитъ на этой власти [2]). Вообще pereat mundus fiat iustitia никогда не можетъ сдѣлаться правиломъ государственной жизни: ея девизомъ должно стать vivat iustitia ut floreat mundus.

Въ ученіи Іеринга есть интересныя точки сходства со взглядами утилитаристовъ, стремившихся вскрыть въ нравственности преобразованный эгоизмъ, тоже своего рода разумно понятую его политику. И здѣсь и тамъ оказывается, что видимое противорѣчіе данныхъ дѣйствій съ эгоистическими интересами дѣйствующихъ лицъ—лишь мнимое [3]). Не лишено интереса, что для Іеринга, какъ для утилитаристовъ типа Пэли, устраненіе указаннаго противорѣчія находитъ конечную санкцію въ божественной волѣ: у него черезвычайно своеобразно сочетается яркій позитивизмъ съ конкретнымъ религіознымъ сознаніемъ [4]).

---

[1]) Ib., S. 357.

[2]) Ib., S. 472.

[3]) Берольцгеймеръ указываетъ, что наиболѣе подлиннымъ предшественникомъ взглядовъ Іеринга, проникнутыхъ соціальнымъ утилитаризмомъ, является Шефтсбюри—System der Rechts-und Staatsphilosophie, B. II, S. 349.

[4]) Очень характерно въ Vorrede къ Zweck im Rechte, S. XII: движущая сила въ мірѣ есть цѣль, но цѣль не возможна безъ сознательной воли

Предустановленная гармонія права и силы такъ понимаемая не лучше всякой другой предустановленной гармоніи [1]). И Іерингъ, подобно послѣдователямъ утилитаризма, оказался не въ состояніи доказать, будто правовое самоограниченіе всегда соотвѣтствуетъ интересамъ самой государственной власти, ея разумному эгоизму. Иначе, прежде всего, были-бы непонятны тѣ огромныя препятствія, то отчасти сознательное, отчасти инстинктивное сопротивленіе, которое постоянно стояло на пути подобнаго самоограниченія. Можно сказать, и здѣсь Іерингъ приближается къ утилитарному взгляду въ своемъ оптимизмѣ, который отнюдь не оправдывается историческимъ опытомъ. И если даже было бы достаточно разумнаго эгоизма, то носитель государственной власти, какъ и вообще человѣкъ, далеко не всегда бываетъ для него въ необходимой степени разумнымъ. Въ сущности говоря, хотя Іерингъ придаетъ первенствующее значеніе человѣческой волѣ, ее кладетъ въ основу соціальныхъ явленій, онъ принужденъ здѣсь смотрѣть на человѣческую природу въ духѣ того односторонняго интеллектуализма, который всегда свойственъ утилитаристамъ.

Далѣе у Іеринга, хотя онъ не принимаетъ юридической конструкціи государства, какъ субъекта, имѣется на-лицо опасное его олицетвореніе: оно представляется, какъ единое мыслящее и дѣйствующее существо. Между тѣмъ къ правому самоограниченію государства различные его элементы, входящіе въ государственныя правоотношенія, могутъ стоять совершенно не одинаково; мы имѣемъ передъ собой лишь равнодѣйствующую очень сложныхъ и разнообразныхъ силъ. Вѣдь никто ярче самого Іеринга не умѣлъ показывать, какъ право вырабатывается въ упорной и напряженной борьбѣ. Право—разумная политика силы: разумная для кого? Для государства въ его цѣломъ? Но это есть чистая абстракція: важно, кому принадлежитъ опредѣленіе, что здѣсь разумно и неразумно. Для наличныхъ держателей власти? Конечно, вводя ее въ правовыя рамки, они могутъ сдѣлать

(«was für mich der ich beschränkt genug bin mir den Zweck nicht ohne einen bewussten Willen denken zu können»), т. е. Бога.

[1]) Ср. у Лейбница, Nova methodus discendae et docendae jurisprudentiae § 74: deus effecit, ut omne honestum sit utile, et omne turpe damnosum.

ее объективно болѣе прочной и для себя и для своихъ преемниковъ; но весьма часто соглашаясь на подобное ограниченіе, соблюдая его, они испытываютъ лишь чувство новой помѣхи, умаленія того, что имъ принадлежало. Слагается своеобразная идеологія власти, не желающей себя ограничивать, идеологія, выразительно переданная въ словахъ Іоанна Грознаго: «Божіимъ велѣніемъ и родителей своихъ благоволѣніемъ свое взяхомъ, а не чужое восхитихомъ»; власть сознается, какъ нѣчто «свое». И это сознаніе можетъ расходиться съ объективной цѣлесообразностью, подымающейся надъ удовлетвореніями данной минуты, даже надъ кругозоромъ отдѣльной человѣческой жизни, цѣлесообразностью, открывающейся, быть-можетъ, на протяженіи вѣковъ. Іоаннъ Безземельный, соглашаясь на великую хартію вольностей, въ конечномъ итогѣ укрѣпилъ англійскую монархическую государственность; самъ онъ видѣлъ здѣсь для себя чистый ущербъ, вырванный силой; онъ и его преемники стремились всячески ограничить дѣйствіе хартіи. Фридрихъ-Вильгельмъ IV далъ Пруссіи конституцію, несомнѣнно утвердившую авторитетъ королевской власти; однако, онъ не переставалъ сожалѣть о случившемся и даже завѣщалъ своимъ преемникамъ прежде принесенія присяги уничтожить самую конституцію [1]).

Если мы возьмемъ указанные Ірингомъ типы нормъ, то, можно сказать, утилитарныя соображенія, пожалуй, простая забота о сбереженіи силъ, еще способны объяснить переходъ отъ индивидуальныхъ велѣній къ одностороннимъ нормамъ, но они явно недостаточны, чтобы объяснить самоограниченіе власти, сказавшееся въ установленіи нормъ двустороннихъ [2]). Правовое самоограниченіе включаетъ въ себѣ нѣчто большее, чѣмъ простое упорядоченіе проявленій власти. А зародыши подобнаго самоограниченія, зародыши двухсторонних нормъ, обнаруживаются и въ переходѣ къ общимъ для всѣхъ подвластныхъ нормамъ, въ требованіи одинаковаго повиновенія отъ этихъ подвластныхъ, хотя бы еще не надѣленныхъ какими-либо субъективными

---

[1]) Фактъ, оглашенный въ 1913 г. во время юбилея императора Вильгельма II, который, какъ передавалось, при вступленіи на престолъ сжегъ это завѣщаніе.

[2]) Величайшую важность этого перехода въ движеніи отъ произвола къ праву отмѣчаетъ Штаммлеръ въ Wirtschaft und Recht, S. 485.

публичными правами [1]). Здѣсь уже есть признаніе со стороны власти извѣстнаго принципа равенства, коимъ она будетъ руководиться. Въ разговорѣ съ Мардохеемъ Эсѳирь напоминаетъ, что представъ передъ лицо царя самовольно, безъ его зова, она подвергаетъ опасности свою жизнь, но эта опасность истекаетъ не изъ вспышки деспотическаго гнѣва, а изъ общаго установленнаго закона [2]). Впрочемъ Іерингъ, разбирая основы государственной власти, указываетъ не только на ея организованный характеръ (die Organisation der Macht in den Händen der Staatsgewalt) но и на «моральную мощь государственной мысли» (die moralische Macht des Staatsgedankens). Эта моральная сила не укладывается въ рамки самаго разумнаго эгоизма; она зиждется на сознаніи отвѣтственности и долга [3]).

Такимъ образомъ объясненія Іеринга явно недостаточны, если не подразумѣвать подъ интересомъ власти длительнаго интереса самой организаціи, которая можетъ существовать вѣка при глубокихъ перемѣнахъ въ отдѣльныхъ своихъ элементахъ; монархія, напримѣръ, въ духѣ патримоніальнаго абсолютизма можетъ превратиться въ монархію конституціонную. Отнюдь нельзя доказать, чтобы подобный длительный интересъ совпадалъ съ выгодами даннаго конкретнаго законодателя и правителя —опять таки если не понимать этой выгоды въ черезвычайно широкомъ и неточномъ смыслѣ, въ которомъ утилитаристы говорили о выгодахъ самоотверженія и т. п. Представители власти нерѣдко предпочитали надѣть хотя бы личину правомѣрности, чѣмъ дѣйствовать путемъ откровеннаго произвола,—но это лишь

---

[1]) Hölder, Das positive Recht als Staatswille въ Archiv für das oeffentliche Recht, B. 23, S. 321: государственная воля, хотя бы воплощенная въ абсолютномъ монархѣ, проявляется не только въ приказаніяхъ (Befehle), но и въ обѣщаніяхъ (Verheissungen). Подобныя обѣщанія можно усмотрѣть во всякой общей нормѣ—и потому она связываетъ, будемъ ли мы считать эту связанность за правовую, или за нравственную, вытекающую изъ обычая и т. п.

[2]) Эсѳ. 4, 16.

[3]) О противорѣчіи во взглядахъ Іеринга на отношенія права и государства тонкія замѣчанія у Krabbe, Die Lehre der Rechtssouveränität, S. 91. Критика ученія о самоограниченіи у Dahn, Die Vernunft im Recht, S. 39: положенію Іеринга «Recht ein Accidens der Gewalt» авторъ противопоставляетъ «Macht als Accidens des Rechts».

показываетъ, что въ окружающей обстановкѣ извѣстный минимумъ уваженія къ праву сдѣлался обязательнымъ. Лицемѣріе, по словамъ Ларошфуко, есть дань, которую порокъ приноситъ добродѣтели; но фактъ существованія лицемѣрія отнюдь не доказываетъ, что добродѣтель есть претворенный эгоизмъ.

Въ этомъ смыслѣ можно сопоставить съ Іерингомъ Тарда, который также подходитъ къ проблемѣ самоограниченія, но ищетъ корней этого послѣдняго не въ интересахъ представителей власти, ибо самые эти интересы, какъ они непосредственно сознаются и понимаются, при этомъ иногда прямо страдаютъ. Держатели власти бываютъ принуждены преклониться передъ неотразимымъ требованіемъ послѣдовательности въ мысляхъ и дѣйствіяхъ, внять голосу своеобразной логической совѣсти, охраняющей ихъ отъ напора ихъ собственныхъ желаній и страстей. Это—обезпеченіе, гораздо болѣе дѣйствительное, чѣмъ хваленыя конституціонныя гарантіи. «Истинное основаніе гарантій для личности—въ той всегда слабой мѣрѣ, въ которой онѣ дѣйствительно сохраняются,—лежитъ вовсе не въ относительной независимости власти судебной отъ исполнительной, или сената отъ палаты депутатовъ, а въ относительной независимости убѣжденія отъ желанія. Борьба политическихъ силъ, на которой будто бы покоятся эти гарантіи, не имѣла бы никакого значенія, не существовала бы безъ борьбы силъ психическихъ, остающейся въ скрытомъ видѣ. Когда человѣкъ, опираясь на своихъ единомышленниковъ, овладѣваетъ вооруженной силой націи, онъ, повидимому, можетъ позволить себѣ все въ интересахъ своихъ собственныхъ и своей партіи, не вызывая дѣйствительнаго т. е. физическаго сопротивленія. Онъ дѣйствительно позволяетъ себѣ многое, но весьма далеко не все, даже когда ему нечего серьезно опасаться, что управляемые потеряютъ терпѣніе. Отъ чего происходитъ эта относительная умѣренность, это добровольное ограниченіе собственной власти? Отъ того, что двигаясь по пути угнетенія и деспотизма, человѣкъ наталкивается на помѣхи, съ каждымъ днемъ все менѣе устранимыя—ему мѣшаетъ если не совѣсть, возмутившаяся противъ его страстей, то по крайней мѣрѣ его собственный разсудокъ, говорящій вопреки его личному интересу, особенно разсудокъ его сторонниковъ, идущій также противъ ихъ интересовъ. Почему же они принуждены иногда

соглашаться съ сужденіемъ, которое клеймитъ ихъ собственныя дѣйствія, нарушаетъ ихъ выгоды? Почему имъ иногда приходится добровольно осуждать самихъ себя, когда они служатъ собственному дѣлу съ такимъ усердіемъ? Потому что человѣкъ не всегда въ состояніи вѣрить тому, чему онъ хотѣлъ бы и имѣлъ бы выгоду вѣрить. Бываютъ минуты, когда министръ очень хотѣлъ бы убѣдить себя, что данный текстъ закона, совершенно ясный, имѣетъ такое, а не иное значеніе, что нѣтъ ничего общаго между злоупотребленіемъ, выгоднымъ для него, и злоупотребленіями, которыя онъ недавно съ такой энергіей изобличалъ въ оппозиціонной газетѣ—напрасно! нельзя доказать самому себѣ, что дважды два—пять. О если бы это было возможно!—тогда появились бы такіе безпощадные самовластные деспоты, въ сравненіи съ которыми и Неронъ и Геліогобалъ попали бы въ либералы. Лишь здѣсь истинная сдержка власти — въ разумѣ того, кто ее осуществляетъ, или лучше сказать, въ независимости этого разума отъ его интересовъ и его страстей; въ потребности, испытываемой болѣе или, менѣе живо, иногда очень слабой, но всегда имѣющейся на лицо—въ потребности согласія съ собственными принципами, съ укоренившимися вѣрованіями, въ потребности не противорѣчить себѣ или противорѣчить какъ можно менѣе»[1]). Государство свободное есть прежде всего государство логичное—такое, гдѣ власть признаетъ для себя обязательными логическіе законы [2]).

На фонѣ глубокаго, можно сказать, безнадежнаго недовѣрія къ гарантіямъ, создающимся при раздѣленіи властей въ государствѣ, особенно ярко выступаетъ вѣра Тарда въ раздѣленіе властей человѣческой души: оно одно оказывается способнымъ побѣждать самый чудовищный, разнузданный эгоизмъ. Оправды-

[1]) Tarde, Les transformations du pouvoir, p. 161—2. Ср. La logique sociale p. 13 (двойственность «croyance» и «désir»).

[2]) Les transformations du pouvoir, p. 167: «un Etat vraiment libre est un Etat, où l'on est sûr du lendemain, un Etat, où l'accord ne règne peut-être pas entre les volontés des citoyens, mais où il règne toujours entre les volontés et les idées de ceux qui gouvernent. Un Etat libre est avant tout un Etat logique». Любопытно съ этимъ сопоставить мнѣніе англійскаго политика—Brougham, Political philosophy, v. II, p. 11: власть, хотя бы и безотвѣтственная, предпочитаетъ не доходить до конца—предпочитаетъ жертвовать логикой и избрать путь середины, компромисса.

ваетъ ли подобную вѣру наличный историческій опытъ? Самъ Тардъ, конечно, менѣе всего затруднился бы привести рядъ примѣровъ, какъ вчерашніе суровые критики власти, сегодня получивъ ее, совершенно усваивали практику своихъ предшественниковъ. Исторія хотя бы борьбы французскихъ клерикаловъ и антиклерикаловъ полна ими. Съ удручающей быстротой гонимые обращаются въ гонителей, забывая свои вчерашніе призывы къ терпимости и свободѣ. Эти факты, такъ часто повторяющіеся и въ политической, и въ религіозной исторіи человѣчества, мало располагаютъ къ оптимизму, къ вѣрѣ въ указанныя психологическія гарантіи. Впрочемъ и у самого Тарда оптимизмъ весьма относительный: онъ готовъ допустить, что эта независимость отъ страстей, присущая человѣческимъ сужденіямъ, можетъ обнаруживаться крайне слабо, и остается только утѣшеніе — хотя и въ пользу него нельзя привести точнаго доказательства — что безъ указанной независимости Неронъ и Геліогобалъ были бы еще хуже. Наконецъ и эта слабая сдержка по собственному признанію Тарда создается не только и не столько потребностью въ логикѣ носителей власти, сколько соотвѣтствующей потребностью, переживаемой ихъ единомышленниками [1]). Почему исключительно единомышленниками, почему не видѣть здѣсь вообще давленія распространенныхъ вокругъ и общепринытяхъ мыслей и чувствъ, pression from without, какъ говорятъ англичане? Тардъ напоминаетъ, что всемогущій властитель можетъ идти далѣе по пути деспотизма, чѣмъ онъ идетъ, и не вызывать противодѣйствія. Но откуда эта увѣренность, что онъ *можетъ* идти? Мы сталкиваемся здѣсь съ недоступнымъ какому-либо объективно-убѣдительному подсчету или даже учету соотношеніемъ психическихъ силъ. И если власть находится въ рукахъ у опредѣленной группы соціальной или политической, съ которой каждому носителю этой власти приходится считаться, всего вѣроятнѣе, что разные ея сочлены производятъ этотъ учетъ по разному, и слѣдовательно нѣтъ у нихъ единогласія въ опредѣленіи той черты, переступать ко-

---

[1]) Извѣстно какое большое мѣсто въ соціальной жизни отводитъ Тардъ внушенію, испытываемому человѣкомъ со стороны его окружающихъ — напр.: Les lois de l'imitation, p. 83 и въ другихъ сочиненіяхъ.

торую является уже дѣломъ опаснымъ. Значитъ должна образоваться извѣстная психологическая равнодѣйствующая, средняя оцѣнка допустимаго и недопустимаго.

Несомнѣнно, Тардъ правъ, утверждая, что одними утилитарными мотивами невозможно объяснить самоограниченія носителей власти. Но французскій соціологъ и здѣсь отдаетъ день своей чрезмѣрной вѣрѣ въ принудительный характеръ логики. Передъ этой принудительностью не останавливается и обычный оппортунистъ, вполнѣ убѣжденный, что дважди два—четыре, но дѣйствующій, когда это выгодно, такъ, какъ будто дважды два было пять, и болѣе рѣдкій, но психологически болѣе интересный фанатикъ, у котораго есть свои авторитеты, не связанные ни правилами ариѳметики, ни законами логики. Далѣе, въ рамкахъ этой принудительности далеко не всегда вмѣщается та высшая послѣдовательность въ осуществленіи историческаго замысла, которая со стороны можетъ казаться исполненной противорѣчій—послѣдовательность, которую мы можемъ наблюдать, напримѣръ, въ дѣятельности Бисмарка и Кавура. Борьба душевныхъ силъ въ человѣкѣ получаетъ постоянно новыя возбужденія изъ окружающаго міра, и внутреннія сдержки властителей обращаются въ болѣе или менѣе прочныя гарантіи для подвластныхъ лишь тогда, когда за ними стоятъ сдержки внѣшнія, тѣмъ болѣе достигающія результатовъ, чѣмъ болѣе онѣ организованы. Великое преимущество конституціонныхъ гарантій, столь пренебрегаемыхъ Тардомъ, и заключается въ ихъ организованномъ и точно распознаваемомъ характерѣ [1]).

Главное же — объясненія и Іеринга, и Тарда явно недостаточны. Правовое самоограниченіе государства, естественно, допускаетъ рядъ постепенностей, при чемъ оно на извѣстной стадіи обращается уже въ нѣчто гораздо большее, чѣмъ простое воздержаніе отъ опредѣленныхъ дѣйствій тѣхъ или другихъ носителей власти; оно становится необходимымъ моментомъ

---

[1]) Можно напомнить, что у самого Монтескье необходимость раздѣленія властей вытекаетъ изъ недостаточности этихъ внутреннихъ сдержекъ; наша природа такъ устроена, что если человѣкъ можетъ злоупотреблять властью, онъ, по всей вѣроятности, и захочетъ такъ поступать. (C'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites).

самого существованія государства въ его цѣломъ. Государство все явственнѣе оказывается не только организаціей силы, но и организаціей права, и всякій носитель государственной власти дѣлается въ общемъ сознаніи въ то же время участникомъ и этой послѣдней. Анализъ такого проникновенія государства правомъ составляетъ одну изъ основъ общаго ученія о государствѣ Іеллинека.

Взглядъ нѣмецкаго государствовѣда слишкомъ хорошо извѣстенъ, чтобы была необходимость его подробно излагать [1]). Государственное общеніе людей есть само по себѣ психологическая необходимость, какъ это понималъ еще Аристотель; но такая необходимость еще не тождественна съ признанной правомѣрностью. Здѣсь, исходя изъ своего ученья о правообразующей силѣ факта, Іеллинекъ показываетъ, какъ государственная власть вслѣдствіе одной давности и привычки къ ней подвластныхъ начинаетъ рано или поздно разсматриваться, какъ нѣчто юридически обязательное, основанное на дѣйствующей нормѣ. Но такой взглядъ членовъ государственнаго союза приводилъ бы ихъ къ постояннымъ разочарованіямъ, которыя въ концѣ-концовъ разрушили бы силу привычки, если бы сама государственная власть не облекала своихъ проявленій въ правовую форму. Подвластное населеніе можетъ увидѣть во вчерашнемъ узурпаторѣ своего законнаго властителя, но лишь при условіи соблюденія имъ извѣстнаго правового минимума. Впрочемъ, связывается не только воля конкретнаго властителя, связывается воля самого государства, какъ субъекта. Проблема эта вполнѣ метаюридическая, но разрѣшеніе ея представляетъ необходимое условіе юридическаго изученія государства; реальность ея подтверждается тѣмъ несомнѣннымъ въ глазахъ Іеллинека фактомъ, что въ современномъ государствѣ убѣжденіе въ связанности государства

---

[1]) Das Recht des modernen Staates 2 Aufl., S. 357; Die rechtliche Natur der Staatsverträge, S. 3; System der subjectiven öffentlichen Rechte, S. 234; Gesetz und Verordnung, S. 197.—Извѣстно, что въ государственно-правовомъ міровоззрѣніи Іеллинека, какъ оно запечатлѣлось въ его послѣдовательныхъ научныхъ работахъ, можно установить съ теченіемъ времени нѣкоторыя измѣненія въ смыслѣ бóльшаго признанія правового верховенства. Но это оттѣнки, которые не мѣняютъ самой основы его ученія о самоограниченіи государственной власти.

проявляется со все возрастающей интенсивностью. Если подобное убѣжденіе, слѣдовательно, имѣетъ степени, имѣетъ ихъ и сама объективная правовая связанность государства [1]). При этомъ Іеллинекъ пояснялъ указанное правовое самоограниченіе государства примѣромъ самоограниченія человѣческой личности, которое совершается путемъ подчиненія ея автономному нравственному закону.

Можно ли, однако, говорить о подобномъ автономномъ началѣ, присущемъ государству? Послѣднее правильно можетъ быть разсматриваемо какъ субъектъ права, но это чисто условное юридическое построеніе, которое само уже предполагаетъ возможность правоограниченія; психологическое уподобленіе государства и личности способно привести только къ смѣшенію понятій и метолодогическимъ несообразностямъ [2]). Далѣе, въ какомъ смыслѣ правовое начало можетъ почитаться автономнымъ для государства? Повинуясь нравственному закону, человѣкъ слѣдуетъ внутреннему голосу своей подлинной природы, будетъ ли она пониматься какъ эмпирическая или какъ умопостигаемая. Это его собственный законъ. Между тѣмъ не только содержаніе правовыхъ требованій, но и самая ихъ обязательность воспринимается государствомъ изъ окружающей соціальной среды [3]). Право есть вторич-

---

[1]) Въ System der subjectiven öffentlichen Rechte Іеллинекъ показываетъ, что признаніе въ государствѣ субъекта права вообще предполагаетъ наличность субъективныхъ публичныхъ правъ; иначе государство окажется только субъектомъ силы («ein reines Machtsubject»), S. 10 u. s. w. Но содержаніе, заполняющее это понятіе субъекта права, можетъ быть крайне различнымъ.

[2]) Въ этомъ лежитъ цѣнность предостереженій, которыя дѣлаетъ Кельсенъ противъ психологизма въ правѣ—цѣнность, остающаяся при всѣхъ преувеличеніяхъ автора.

[3]) Отчасти это допускается и самимъ Іеллинекомъ въ System der subjectiven öffentlichen Rechte, когда онъ говоритъ о двойственномъ характерѣ государства, сказывающагося и въ его самоограниченіи: государство представляется и субъектомъ государственной власти и управителемъ общаго интереса—S. 234: «die Selbstverpflichtung ist daher näher betrachtet eine Verpflichtung des Staates als handelnden d. h. als rechtsschaffenden und machtübenden Subjeckts dem Staate als Repräsentanten des Gemeininteresses».

ный элементъ государственной организацiи [1]), но и государственное признанiе не есть первичный источникъ обязательности права [2]). Для изначальной стихiи власти, изъ которой созидается государство, правовой законъ является гетерономнымъ, онъ приносится извнѣ,—и это можно утверждать въ порядкѣ не только историческомъ, но и чисто логическимъ [3]).

Съ такими оговорками, какъ намъ кажется, идеи Іеллинека, чуждыя односторонности утилитаризма [4]) или логизма, дѣйствительно освѣщаютъ путь при изслѣдованiи проблемы правового государства. Послѣднее очевидно отличается какимъ-то особенно далеко идущимъ правовымъ самоограниченiемъ. Мы имѣемъ рядъ опредѣленiй, авторы которыхъ пытаются установить предѣлы и конкретное содержанiе изслѣдуемаго понятiя и перевести его на языкъ окружающаго ихъ государственнаго порядка. Но идея правового государства не есть что-либо принадлежащее исключительно нашей эпохѣ. Мѣсто этой идеи въ культурномъ инвентарѣ человѣчества можетъ быть понято лишь при сопоставленiи отвѣтовъ, которые давались на лежащiй въ основѣ

---

[1]) Вопреки Кельсену, Hauptprobleme der Staatswissenschaft, S. 405, и Зейдлеру, Juristisches Kriterium des Staates, S. 44. Довольно противорѣчиво у Гефкена, (Geffken), Das Gesammtinteresse als Grundlage des Staats- und Völkerrechts; съ одной стороны «der Staat wurzelt... seinem Ursprunge nach stets in einem rein tatsächlichen massenpsychologischem Vorgange» (S. 9), а съ другой «die Herrschaft des Staates ist Rechtsherrschaft. Denn wenn der Staat eine originäre Rechtsform der Gesellschaft darstellt, so wird das Recht zwar nicht vor dem Staate, aber auch nicht nach ihm, sondern mit ihm geboren.».

[2]) Если Гельцфельдеръ, принимая теорiю самоограниченiя Іеллинека, истолковываетъ ее въ смыслѣ полной и суверенной свободы самоограничивающейся воли («der Wille des Gewalthabers selbst...der Urheber der Beschränkung»—Recht und Gewalt, S. 160), то въ его глазахъ право всегда предполагаетъ наличность государства и создается лишь въ немъ. При такомъ пониманiи правовое самоограниченiе дѣйствительно оказывается фикцiей.

[3]) Представляется, что власть и право въ наличномъ государственномъ порядкѣ тѣсно сплелись и даже могутъ быть раздѣлены только отвлеченно. Но необходимо помнить, что они вытекаютъ совсѣмъ изъ разныхъ источниковъ и что то или другое сочетанiе элементовъ права и власти опредѣляетъ основной характеръ государственнаго порядка.

[4]) Критика Іеллинека у Дюги заключаетъ много интереснаго; но недостаточно различаются его взгляды на правовое самоограниченiе и взгляды Іеринга—L'Etat, v. I, p. 107.

ея вопросъ въ смѣнѣ вѣковъ и народовъ. А съ другой стороны лишь анализъ элементовъ современнаго государства можетъ установить и ея настоящую практическую значимость и ея вѣроятное будущее. Наконецъ, если, съ одной стороны, осуществленіе правового государства находитъ безусловный предѣлъ въ изначальныхъ свойствахъ всякой государственной организаціи и въ присущей ей потребности самосохраненія, то, съ другой— цѣнность его опредѣляется цѣнностью самого правового начала, неотдѣлимаго въ конечномъ счетѣ отъ религіозно-моральныхъ основаній.

Эти очертанія пугаютъ, можно сказать, своей безбрежностью. Но такова обычная участь самыхъ важныхъ для насъ, вѣчно вновь разрѣшаемыхъ и никогда, вѣроятно, до конца неразрѣшимыхъ проблемъ. При постоянно возрастающемъ раздѣленіи и обособленіи, которое иногда, кажется, можетъ привести къ полному распыленію духовной жизни, онѣ напоминаютъ, что эта жизнь есть необъятное множество и въ то же время великое единство. Здѣсь глубокая, вѣками отдѣленная и какъ будто давно исчезнувшая изъ памяти людей старина встрѣчается съ занимающимся грядущимъ днемъ, здѣсь на самомъ временномъ, обреченномъ тлѣнію и смерти, лежитъ неугасимый отблескъ вѣчнаго.

Глава II.

ПРАВОВОЕ ГОСУДАРСТВО ВЪ НАУЧНОЙ ЛИТЕРАТУРѢ.

Русское выраженіе «правовое государство» есть переводъ нѣмецкаго слова Rechtsstaat, которому нѣтъ вполнѣ соотвѣтствующаго слова ни во французскомъ, ни въ англійскомъ языкѣ; и здѣсь и тамъ приходится прибѣгать къ описанію. Это слово дѣйствительно обозначаетъ понятіе, анализомъ котораго занималась по преимуществу нѣмецкая литература—научная и популярная. И въ этой литературѣ мы встрѣчаемъ своеобразныя притязанія не только на слово, но и на обозначаемый имъ предметъ—многочисленныя попытки такъ сказать націонализировать правовое государство, превратить его въ исконнее достояніе германскаго духа. Такое стремленіе мы найдемъ у Шталя и Л. Штейна (правда съ оговорками), у Гнейста и Гирке, у множества другихъ болѣе второстепенныхъ представителей нѣмецкаго государствовѣдѣнія. Иногда у нихъ сказывается главнымъ образомъ желаніе подчеркнуть сильныя стороны германскаго правосознанія, иногда преимущественно полемическіе мотивы—напримѣръ борьба со столь ненавистнымъ Гнейсту и его послѣдователямъ французско-бельгійскимъ парламентаризмомъ. Вообще здѣсь сходились разнородные факторы—и сила естественно-правовыхъ традицій въ Германіи, укрѣпленныхъ философскимъ авторитетомъ Канта и Фихте, и, быть можетъ, нѣкоторые пріемы и навыки, сложившіеся на практикѣ юридическаго истолкованія государственныхъ отношеній еще въ старой Германіи [1]), и, наконецъ,

---

[1]) Потребность въ подобномъ истолкованіи питалась самой неопредѣленностью имперской конституціи, отсутствіемъ въ ней единства, спорами между императоромъ и имперскими чинами, территоріальными князьями и т. п. Stintzing, Geschichte der deutschen Reichswissenschaft,

своеобразная романтическая философія народнаго духа, которая выросла на почвѣ борьбы съ просвѣтительнымъ раціонализмомъ XVIII вѣка. Какъ извѣстно, эта философія, оставившая столь глубокій слѣдъ въ нѣмецкой исторической наукѣ, приписывала германскому духу особую неудержимую наклонность къ индивидуальной свободѣ, къ защитѣ притязаній личныхъ и союзныхъ, въ противоположность присущему романскимъ народамъ тяготѣнію къ всемогуществу централизованнаго государства, къ крѣпкой государственной дисциплинѣ. Знаменитый афоризмъ Фридриха Шлегеля гласилъ: «des Deutschen wahre Verfassung ist Anarchie». Подобнымъ контрастомъ романскаго и германскаго духа объясняли средневѣковый феодализмъ, въ немъ искали ключа, открывающаго постиженіе историческихъ судебъ Европы вообще. Эти взгляды были достояніемъ столѣтія, которое впослѣдствіи увидѣло и диктатуру Бисмарка, и созданіе новой имперіи: изъ патріархальной Германіи, увѣковѣченной характеристиками Гейне, вышла міровая держава—Германія Вильгельма II, и ея послѣднимъ словомъ явилась начатая ею европейская война.

Превращеніе, которое такъ опрокидывало старый образъ германскаго духа, приносило съ собой и новыя понятія. Высшее значеніе получилъ теперь уже принципъ государственности, верховенства, принадлежащаго государству, которое часто стало признаваться единственной правообразующей организаціей. Члену государственнаго союза начали отказывать въ какихъ-либо субъективныхъ публичныхъ правахъ; онъ долженъ былъ довольствоваться «рефлексами объективнаго правопорядка» ставящими его въ полную зависимость отъ усмотрѣнія государственной власти. Стиль новаго ученія о государствѣ получилъ наиболѣе яркое и отчетливое выраженіе въ Staatsrecht des deutschen Reiches Лабанда. Правда методы, и воззрѣнія лабандовскаго типа встрѣтили сильную критику въ самой нѣмецкой наукѣ, но несомнѣнно, они находили благопріятную почву въ окружающей обстановкѣ, проникнутой вѣрою во всемогущество государственнаго порядка и благотворность самой энергичной государственной дисциплины. Французскіе критики въ особенности, какъ это и можно было

B. II, S. 39; Ѳ. В. Тарановскій, Юридическій методъ въ государственной наукѣ, стр. 33, 141.

ожидать, подчеркивали, насколько въ Германіи вообще поблекла идея права и уступила мѣсто идеѣ силы [1]). А новѣйшій теоретикъ «правового суверенитета» уже пользуется примѣромъ Германіи, чтобы оттѣнить контрастъ между этимъ типомъ государственной организаціи и правовымъ государствомъ, осуществленнымъ до извѣстной степени въ Англіи [2]). Міровыя событія, развернувшіяся на нашихъ глазахъ, дѣйствительно показали, какъ этотъ культъ исключительной и безпощадной государственной силы пагубно отразился на правовомъ сознаніи и чувствѣ руководящихъ круговъ германскаго народа. Пусть пережиткамъ стараго романтическаго вгзляда оставался не чуждъ такой сильный и самостоятельный умъ, какъ Гирке—въ общемъ среди новаго политическаго уклада и новыхъ теченій политической и правовой мысли становилось всѣ труднѣе признать правовое государство исключительной особенностью нѣмецкаго развитія. Противъ подобной исключительности рѣшительно протестовалъ самый крупный изъ современныхъ нѣмецкихъ административистовъ, значеніе котораго въ этой области можно сопоставить съ значеніемъ Лабанда въ государственномъ правѣ—Отто Майеръ. «Нѣтъ ничего ошибочнѣе, чѣмъ думать, что идея правового государства есть совсѣмъ особая нѣмецкая принадлежность. Во всѣхъ своихъ существенныхъ чертахъ она у насъ обща съ родственными намъ народами, которые пережили одинаковыя ступени развитія—особенно съ французскимъ, съ которымъ вопреки всему духовно насъ связала судьба»[3]).

Само собой разумѣется, большое мѣсто, которое занимаетъ въ нѣмецкой юридической литературѣ проблема правового государства, отнюдь не есть случайность. Но здѣсь вполнѣ реальныя причины указалъ еще Лоренцъ Штейнъ; ни во Франціи, ни въ Англіи не чувствовалось той потребности въ согласованіи права управленія съ конституціоннымъ устройствомъ—въ «Verfassungs-

---

[1]) Напр. у Fouillé, L'idée moderne, du droit; Deslandre, La crise de la science politique; Aguilera, L'idée du droit en Allemagne—oc. p. 345.

[2]) Krabbe, S. 48 u. s. w. Впрочемъ Краббе признаетъ, что первоначальное германское право не благопріятствуетъ принципу личной власти; но эти зародыши правового воззрѣнія на государство получили развитіе не въ Германіи, а въ Англіи.

[3]) Deutsches Verwaltungsrecht, B. I, S. 65.

mässiges Regierungsrecht»—потребности, которая живѣйшимъ образомъ испытывалась въ Германіи [1]). Можно сказать въ болѣе общей формѣ, что самые пробѣлы нѣмецкаго конституціонализма, его часто незавершенный характеръ, пережитки въ немъ абсолютизма постоянно давали поводъ задумываться надъ указанной проблемой и искать разрѣшенія ея при сравнительно ограниченныхъ конституціонныхъ возможностяхъ.

Самую исторію понятія можно было бы продолжить въ гораздо болѣе раннее прошлое, чѣмъ эпоха нѣмецкаго конституціонализма; вѣдь не нужно доказывать, что понятіе существовало много раньше, чѣмъ для него было найдено соотвѣтствующее слово. Мы не могли бы тогда пройти мимо Руссо, который въ сущности стремился разрѣшить въ Contrat social именно этотъ вопросъ, какъ возможно правовое государство [2]), и который оказалъ такое вліяніе на нѣмецкую философію права. Отсюда пришлось бы идти далѣе къ теоретикамъ естественнаго права Вольфу и Пуффендорфу [3]), особенно же—къ Гуго Гроцію [4]) и Алтузію—по словамъ Гирке «одному изъ самыхъ горячихъ приверженцевъ идеи правового государства» [5]). Отсюда былъ-бы естественный переходъ къ средневѣковымъ публицистамъ, предвосхитившимъ столько идей, которыя считаются принадлежностью

---

[1]) L. Stein, Die Verwaltungslehre, 2 Aufl., I B. Die vollziehende Gewalt, S. 298.

[2]) L. I, ch. 1.

[3]) Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, S. 435 u. s. w.

[4]) L. Stein, Verwaltungsrecht, B. I, S. 297: вся филоосфія права со времени Гуго Гроція стремится къ тому, чтобы установить и развить понятіе государства, которое выражается словами «правовое государство». При этомъ важно, что Гуго Гроцій ясно понималъ проблему правового обоснованія власти, какъ самостоятельную, не поглощенную проблемой правового общественнаго порядка вообще. De jure belli et pacis I, 1, 3. Ср. Mohl, Die Geschichte und Litteratur der Staatswissenschaften, B. I, S. 229.

[5]) Gierke, Johannes Althusius, S. 264. Трейманъ въ своей монографіи Die Monarchomachen, намъ кажется, справедливо указываетъ на преувеличенія здѣсь Гирке: если взять его характеристику Алтузія, не останется ничего оригинальнаго даже на долю Руссо. Но все таки Алтузій несомнѣнно одинъ изъ самыхъ крупныхъ политическихъ мыслителей своей эпохи, болѣе самостоятельный, чѣмъ Г. Гроцій. Ср. Figgis, From Gerson to Grotius, p. 200.

новаго политическаго развитія Европы—особенно къ столь оригинальному и чуждому схоластическихъ пріемовъ Марсилію Падуанскому [1]) и далѣе уже къ античнымъ источникамъ средневѣковой мысли.

Для нашихъ цѣлей достаточно здѣсь ограничиться конкретными опредѣленіями правового государства, данными въ новой нѣмецкой юридической литературѣ. Поэтому мы можемъ здѣсь не останавливаться и на воззрѣніяхъ Канта [2])—несмотря на всю силу оказаннаго имъ вліянія—и на школѣ Роттека-Велькера [3]). Извѣстно, что относительно послѣдней со времени Шталя и Гнейста считается признакомъ хорошаго тона въ нѣмецкой наукѣ и даже публицистикѣ выражаться съ возможнымъ пренебреженіемъ, какъ о школѣ совершенно безпочвенныхъ и наивныхъ доктринеровъ. Такое отношеніе лишено исторической справедливости [4]). Великая заслуга Велькера и Роттека состояла именно въ популяризаціи правовыхъ воззрѣній, часто элементарныхъ

---

[1]) Gierke, Deutsches Genossenschaftsrecht, B. III, S. 609.

[2]) У Канта идея договора свободна уже отъ всякихъ историческихъ элементовъ и пріобрѣтаетъ исключительно правовое значеніе. Государство получаетъ у него опредѣленіе, какъ «die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen»; лишь государство, гдѣ господствуетъ общій для всѣхъ законъ («wo das Gesetz selbstherrschend ist und an keiner besonderen Person hängt»), имѣетъ дѣйствительное устройство. Практически для Канта идея правового государства какъ бы отождествляется съ началомъ республиканскаго строя, заключающагося въ раздѣленіи властей. См. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, II. T. §§ 43, 44, 45, 47. Zum ewigen Frieden II Ab. I Definitivartikel.—Однако Кантъ обставляетъ это ученіе чрезвычайно характерными оговорками—напр. Metaphysische An angsgründe, § 47: «der Ursprung der obersten Gewalt ist für das Volk, das unter derselben steht, in praktischer Absicht unerforschlich; d. h. der Untertan soll nicht über diesen Ursprung, als ein noch in Ansehung des ihr schuldigen Gehorsams zu bezweifelndes Recht, werktätig vernünfteln».

[3]) Напр. Rotteck, Lehrbuch des Vernunftrechtes, S. 29; Welcker, Das innere und aüssere System der praktisch natürlich-christlich germanischen Rechts-, Staats- und Gesetzgebungslehre pass.

[4]) Заслуживаетъ вниманія въ этомъ смыслѣ вышедшая въ 1910 г. работа Эргарда (Ehrhard): Die Grundlagen der Staatslehre Carl Theodor Welcker. Авторъ стремится остаться именно на этой почвѣ исторической справедливости, хотя и говоритъ о Велькерѣ: «es ist ein uns in vieler Hinsicht durchaus fremder Geist, der uns in seinen Schriften begegnet, es ist ein Denken, das wir in vieler Beziehung nicht mehr verstehen können»—Einleitung, S. 1.

и условныхъ, но все таки благодѣтельныхъ въ средѣ, гдѣ такъ укоренились пріемы патримоніальнаго правленія и идеалы полицейскаго государства, остававшагося при этомъ глубоко провинціальнымъ. Практически правовое государство для этой школы отождествляется съ конституціоннымъ—что обычно въ переходныя отъ абсолютизма къ конституціонализму эпохи—а образцы послѣдовательнаго конституціонализма она по необходимости брала въ англо-французскомъ мірѣ, и ея выводы шли въ направленіи естественнаго развитія нѣмецкой политической свободы. Но самыя предпосылки ученія о единомъ разумномъ правѣ [1]), представленіе о государствѣ какъ созданіи этого права—все это не соотвѣтствовало уровню научной мысли въ Германіи, послѣ того какъ открыты были новые пути для этой мысли въ философіи Шеллинга и Гегеля [2]), въ произведеніяхъ исторической школы Савиньи, въ образцахъ чисто догматической разработки права—сначала гражданскаго, впослѣдствіи и публичнаго.

Кто впервые изъ юристовъ употребилъ самое слово «Rechtsstaat», есть вопросъ, представляющій скорѣе историко-литературный интересъ. Моль цитируетъ Іордана и Пелица; изъ нихъ первый не оставилъ никакого особаго слѣда въ наукѣ, а заслуги второго лежатъ совсѣмъ въ другой области—въ извѣстномъ собраніи конституцій, которымъ до сихъ поръ приходится пользоваться [3]). Можно указать еще на книгу Зигварта, Die Wissen-

---

[1]) Особенно характерно у Роттека, Lehrbuch des Vernunftrechtes, S. 63 u. s. w.: единство разумнаго права — изъ единства разума для всѣхъ временъ и народовъ; исторія здѣсь безсильна, она ничего не создаетъ и ничего не разрушаетъ: «die gesammte Geschichte meines Volkes und aller anderen Völker kann mein natürliches Recht nicht aufheben».

[2]) Въ частности гегельянство даже своей преувеличенной оцѣнкой государства и его историческаго мѣста и роли существенно содѣйствовало крушенію естественно-правовыхъ представленій и теорій, растворяющихъ такъ сказать государство въ правѣ. Характерны энергичные протесты у представителей гегельянской и неогегельянской традиціи противъ ограниченія дѣятельности государства заботами о правѣ—напримѣръ, у Колера въ его статьѣ Rechtsphilosophie und Universalgeschichte въ Holtzendorf's Encyclopädie der Rechtswissenschaft, B. I, oc. S. 55.

[3]) Впрочемъ книга Pölitz, Die Staatswissenschaften im Lichte unserer Zeit, не представляя по существу чего-либо оригинальнаго, обладаетъ довольно большимъ и интереснымъ описательнымъ матеріаломъ.

schaft des Rechtes nach Grund der praktischen Vernunft, вышедшую въ 1828 г. и представляющую весьма банальное изложенiе естественно-правовой доктрины гдѣ упоминается дѣленiе государствъ на патрiархальныя, iерархическiя, деспотическiя и правовыя [1]). Еще раньше встрѣчаемъ мы это слово у Аретина, при чемъ не правовое государство опредѣляется черезъ конституцiонное, а наоборотъ [2]). Въ научный обиходъ нѣмецкой литературы данное понятiе введено не ими, а тѣми, кто искалъ его конкретныхъ опредѣленiй. Остановимся на этихъ послѣднихъ.

Молю принадлежитъ здѣсь несомнѣнное первенство; уже въ 1832-1834 г. вышла его книга Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates [3]). Въ своемъ Staatsrecht des Königreichs Würtemberg онъ далъ въ сущности первую юридическую обработку конституцiоннаго права одного изъ нѣмецкихъ государствъ съ наиболѣе упрочившимся конституцiоннымъ строемъ: здѣсь Моль особенно останавливается на отношенiи закона и указа, столь важномъ для уясненiя правового характера государства [4]). Наконецъ въ Geschichte und Litteratur der Staats-

---

Самый взглядъ на государство—чисто естественно-правовой: «der Zweck alles Staatslebens—die Herrschaft des Rechtes», B. II, S. 156.

[1]) Въ § 46 Зигвартъ дѣлитъ государства на монархiи, аристократiи и демократiи, но указываетъ, что нѣкоторые берутъ въ качествѣ fundamentum divisionis другой признакъ—отношенiе членовъ государственнаго союза къ государственной власти (welches Princip dem Verhältnisse der Staatsmitglieder zur Staatsgewalt zu Grunde liege, mit anderen Worten, welchen staatsrechtlichen Charakter die Verfassung habe). При этомъ и получается дѣленiе государствъ на патрiархальныя, iерархическiя, деспотическiя и правовыя. Зигвартъ однако сомнѣвается въ достоинствѣ этой классификацiи: для естественнаго права интересны только правовыя государства, которыя опять могутъ дѣлиться по обычнымъ рубрикамъ монархiи, аристократiи и демократiи.

[2]) «Schon in der Einleitung ist gesagt worden, dass der konstitutionelle Staat eigentlich kein anderer ist, als der Rechtsstaat, nämlich derjenige, in welchem nach der vernünftigen Gesammtwille regiert und nur das allgemeine Beste erzweckt wird». Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie 1824, B. I, S. 163. Однако въ Einleitung прямого упоминанiя о Rechtsstaat мы не находимъ.

[3]) О правомъ государствѣ въ отличiе отъ теократическаго, деспотическаго, патримонiальнаго и патрiархальнаго, B. I, S. 5: «dem sinnlich vernünftigen Lebenszwecke (entspricht) der Rechtsstaat».

[4]) Особенно B. II, §§ 13, 38; B. II, § 133.

wissenschaften прослѣживается исторія идеи правового государства начиная съ эпохи возрожденія и реформаціи, при чемъ проводится отчетливое различеніе между старымъ естественноправовымъ и новымъ его пониманіемъ [1]).

Надо оговориться, что энциклопедичности и широтѣ Моля, отчасти связанной съ эклектическимъ характеромъ его воззрѣній, далеко не соотвѣтствуетъ законченность и точность мысли. Не найдемъ мы у Моля и вполнѣ точнаго опредѣленія занимающаго насъ понятія. Въ Geschichte und Litteratur der Staatswissenschaften оно какъ-бы предполагается уже извѣстнымъ и черезъ него опредѣляется понятіе государства конституціоннаго. Послѣднее по Молю характеризуется четырьмя признаками. На первое мѣсто поставлено осуществленіе всей государственной власти въ смыслѣ правового государства и ради присущихъ ему цѣлей—черезъ носителя этой власти—наслѣдственнаго монарха или магистрата, избраннаго на опредѣленный срокъ [2]). Далѣе сюда относится установленіе правомочій власти въ согласіи съ конституціей, признаніе извѣстныхъ правовыхъ притязаній за подданными и обезпеченіе всѣхъ указанныхъ правъ народнымъ правительствомъ. Здѣсь какъ будто идея правового государства воплощается преимущественно въ дѣятельности носителя государственной власти, при чемъ однако носитель не разумѣется въ смыслѣ столь свойственнаго нѣмецкимъ конституціямъ монархическаго принципа [3]); имъ можетъ быть и президентъ республики. Самые признаки конституціоннаго государства выбраны весьма неудачно — они въ значительной степени покрываютъ другъ друга; понятіе же государства правового оказывается болѣе широкимъ, чѣмъ государства конституціоннаго. Это подтверждается и въ дальнѣйшей главѣ, посвященной литературѣ о повиновеніи, согласномъ съ конституціей [4]), гдѣ говорится объ установленіи границъ та-

---

[1]) Напр. по поводу Гуго Гроція, B. I, S. 229.

[2]) B. II, S. 268: Handhabung der gesammten Staatsgewalt im Sinne und Zwecke des Rechtsstaates.

[3]) А. С. Алексѣевъ, Къ вопросу о юридической природѣ власти монарха, стр. 8. С. А. Котляревскій, Юридическія предпосылки русскихъ основныхъ законовъ, стр. 172; Kaufmann, Studien zur Staatslehre des monarchischen Prinzips, S. 9.

[4]) S. 320: die Litteratur bloss verfassungsmässiges Gehorsams.

кого повиновенія въ новомъ правовомъ государствѣ и въ особенности въ его конституціонной формѣ (in modernem Rechtsstaate und insbesondere in seiner constitutionellen Form).

Въ этой работѣ Моль даетъ какъ бы положенія скорѣе историко-литературнаго характера, чѣмъ выводы по существу. Но если мы будемъ искать послѣднихъ въ Encyclopädie der Staatswissenschaften, то встрѣтимся съ такой же неопредѣленностью [1]. Правовое государство оказывается однимъ изъ типовъ государства—наряду съ патріархальнымъ, патримоніальнымъ, теократическимъ, классическимъ и деспотическимъ. Критеріемъ служатъ государственныя задачи, которыя для даннаго типа сводятся къ охранѣ правового порядка и къ содѣйствію всѣмъ разумнымъ человѣческимъ цѣлямъ. Моль признаетъ, что наименованіе этого рода государствъ правовыми отнюдь нельзя назвать особенно удачнымъ уже въ силу его неполноты (ist die Bezeichnung in mehr als einer Beziehung keine glückliche, namentlich keine vollständige), но во избѣжаніе недоразумѣній лучше держаться этого уже принятаго выраженія. А что всего важнѣе—означенный типъ государства не связанъ ни съ какой опредѣленной формой правленія. Съ нимъ совмѣстима всякая организація государственной власти—лишь бы при ней оставались достижимыми указаныя главныя задачи правового государства. Съ нимъ совмѣстимы и народоправство, и аристократія [2], и монархія—даже неограниченная—при томъ лишь условіи, что «государственная власть примѣняется здѣсь исключительно для цѣлей правового государства и воздерживается отъ всякой несправедливости и произвола». Такимъ образомъ правовое государство здѣсь противополагается деспотическому. Въ то же время Моль перечисляетъ права государственной власти и права гражданъ въ правовомъ государствѣ. Первыя (право на закономѣрное повиновеніе всѣхъ участниковъ государственнаго союза, на принятіе всѣхъ мѣръ для осуществленія государственной цѣли, право главы государ-

---

[1]) §§ 44—49.

[2]) Характерно опредѣленіе послѣдней, которое рѣзко расходится съ современнымъ пониманіемъ правового государства: «die Aristokratie ist diejenige Form des Rechtsstaates, in welcher die Staatsgewalt von verhältnissmässig Wenigen besseren ausgeübt wird, und zwar aus eigenem Recht». S. 343.

ства на приличествующее его положенію матеріальное обезпеченіе) еще могутъ подходить къ разнымъ формамъ правленія; вторыя (равенство гражданъ передъ закономъ, равное ихъ участіе въ государственныхъ дѣлахъ, извѣстные виды гражданской свободы) требуютъ опредѣленнаго государственнаго устройства.

Здѣсь сказался весь эклектизмъ Моля. Съ одной стороны, правовое государство выражается въ опредѣленной цѣли и направленіи государственной дѣятельности—какъ и патримоніальное, теократическое и т. п., и эта цѣль можетъ быть достигнута при различномъ устройствѣ государственнаго механизма. Съ другой—ему свойственны извѣстные институты, которые возможны лишь при соотвѣтствующемъ и опредѣленномъ устройствѣ: оказываются существенными не только цѣли, но и средства ихъ выполненія. Далѣе, какъ учила и школа естественнаго права, цѣль такого государства есть охрана правового порядка, но рядомъ появляется и другая, несовмѣстимая съ образомъ государства—ночного сторожа, съ началами классическаго либерализма: государство должно оказывать положительное покровительство разумнымъ общественнымъ стремленіямъ [1]). Здѣсь уже дается уклонъ въ сторону гораздо болѣе широкихъ задачъ, и поскольку въ данномъ случаѣ опредѣленіе разумности и неразумности предоставляется дискреціонной волѣ высшаго органа государства, въ сторону программы хотя бы государства полицейскаго. Не являются ли въ такомъ случаѣ дѣйствительно и просвѣщенный абсолютизмъ—въ его теоріи, если не въ его практикѣ—и современный Молю конституціонализмъ равноправными разновидностями правового государства? Но если самое понятіе послѣдняго у Моля не отличается ясностью и даже не свободно отъ противорѣчій, несомнѣнная заслуга Моля въ томъ, что онъ почувствовалъ его чрезвычайную важность и въ высокой мѣрѣ содѣйствовалъ распространенію убѣжденія въ этой важности. Заслуга именно популяризатора, для котораго теоретически неудовлетворительный эклектизмъ можетъ быть даже отчасти полезенъ.

Иной характеръ получаетъ ученіе о правовомъ государствѣ у Шталя, во всѣхъ отношеніяхъ столь непохожаго на Моля. Вліяніе Шталя на развитіе нѣмецкой государственно-правовой

---

[1]) Encyclopädie, S. 72.

и политической мысли едва ли до сихъ поръ оцѣнено надлежащимъ образомъ [1]). Обычно въ немъ видятъ только представителя политической реакціи, защитника всякаго рода сословно-феодальныхъ пережитковъ. При этомъ совершенно стирается своеобразіе личнаго міровоззрѣнія Шталя. Въ послѣднемъ отношеніи не будетъ слишкомъ большой натяжкой поставить его рядомъ съ такими блестящими умами, какъ Бёркъ и Местръ, которые также были связаны съ реакціей. Вполнѣ чуждый тому ослѣпленному фанатизму, который глубоко внѣдрился въ прусскую консервативную среду, Шталь ясно понималъ всю неизгладимость грани, проведенной въ исторіи Пруссіи и вообще Германіи въ 1848 г. [2]). Оплакивая совершившееся, ненавидя революцію, онъ однако не дѣлалъ себѣ никакихъ иллюзій относительно возможности замѣнить конституціонную реформу участіемъ въ государственной жизни сословныхъ штатовъ [3]). Въ глазахъ Шталя истинный конституціонализмъ одинаково далекъ отъ радикализма, какъ и отъ абсолютизма, и онъ оказывается въ то же время истиннымъ консерватизмомъ: въ его предѣлахъ сохраняется суверенитетъ королевской власти, осѣненной милостью Божіей, хотя въ то же время народное представительство облекается не только опредѣленными законодательными правами, но и морально-политическимъ вліяніемъ въ той области, которая юридически принадлежитъ королю. Исходя изъ этого, Шталь защищаетъ верхнюю палату, абсолютное veto короля, мѣры противъ возможнаго злоупотребленія бюджетными правами со стороны палатъ. Вообще—спасенье «не въ абсолютизмѣ, не въ сословныхъ чинахъ, не во французскомъ режимѣ 1789—1848 годовъ, но въ консти-

---

[1]) Интересный и сравнительно объективный этюдъ о Шталѣ въ анонимной книгѣ Pernice, Savigny, Stahl, вышедшей въ 1862. S. 43—115.

[2]) И здѣсь есть сродство съ Местромъ, который также явственно понималъ невозможность возстановить въ чистомъ видѣ порядокъ, разрушенный французской революціей, хотя въ этой послѣдней для него воплощалось сатанинское начало.

[3]) Stahl, Die Revolution und die konstitutionelle Monarchie (1848), S. 16. Поучительно сопоставить эти мысли post factum съ вышедшимъ въ 1845 г. сочиненіемъ Шталя «Das monarchische Princip». Здѣсь между прочимъ есть весьма мѣткія и прозорливыя замѣчанія объ опасности чисто совѣщательной компетенціи штатовъ. Vorrede, S. 12.

туціонной монархіи по англійскому образцу» [1])—съ нѣкоторыми поправками, въ особенности съ болѣе прочными гарантіями для монарха. Долженъ быть принятъ лозунгъ—стоять на почвѣ права, а не преклоняться передъ простымъ фактомъ народной воли; уже отсюда слѣдуетъ обязанность охранять суверенитетъ и самостоятельность королевской власти [2]).

Стремленіе «стоять на почвѣ права»и привлекаетъ Шталя къ идеѣ правового государства. Онъ какъ бы чувствуетъ, что никакое государственное устроительство не можетъ быть прочнымъ и надежнымъ, если оно не руководится этимъ мѣриломъ. Правовое государство, какъ и можно было ожидать, исходя изъ общихъ политическихъ симпатій и антипатій Шталя, противополагается у него не только патримоніальному и полицейскому, но также и народоправному (Volksstaat); въ самомъ же эпитетѣ намѣчается лишь общее направленіе его дѣятельности. «Государство должно сдѣлаться правовымъ; это—лозунгъ и дѣйствительная потребность развитія новаго времени. Оно должно точно правовымъ образомъ опредѣлить и неизмѣнно охранять границы своей дѣятельности, какъ и сферу свободы своихъ гражданъ, и осуществлять нравственныя идеи прямымъ путемъ государственнаго воздѣйствія не далѣе, чѣмъ это относится къ области права—т. е. лишь предоставляя имъ самое необходимое огражденіе. Въ этомъ заключается понятіе правового государства—не въ томъ, что государство заботится только о правовомъ порядкѣ и не имѣетъ въ виду административныхъ цѣлей, и охраняетъ только интересы отдѣльныхъ лицъ; вообще оно обозначаетъ не цѣль, не содержаніе государственной дѣятельности, но способъ и характеръ ея осуществленія» [3]). Но вопреки Молю правовое государство связано

---

[1]) Характерна здѣсь оговорка Шталя (S. 54), что парламентаризмъ въ Англіи вовсе не вытекаетъ изъ историческаго духа ея конституціи, не есть ея необходимая часть, а лишь случайный фактъ ея исторіи.

[2]) Die Revolution und die konstitutionelle Monarchie, S. 14.

[3]) «Es bedeutet überhaupt nicht Ziel und Inhalt des Staates, sondern nur Art und Character, dieselben zu verwikrlichen». Die Philosophie des Rechtes, 4 Auf. B. II, Ab. 2, S. 137. Этотъ формальный т. с. характеръ понятія правоваго государства (не τὸ τί, а τὸ πῶς) особенно явственно впослѣдствіи выраженъ былъ у Кальтенборна: государство должно путемъ права осуществлять культурныя цѣли; отвлекаясь отъ послѣднихъ, разсматривая его въ исключительно юридическомъ аспектѣ, совершаютъ ошибку, опас-

и съ опредѣленнымъ устройствомъ; ему соотвѣтствуетъ строй въ духѣ идеальнаго нѣмецкаго конституціонализма[1]). Король остается сувереномъ, но сувереномъ ограниченнымъ; онъ—лишь высшій членъ въ государствѣ, властитель въ немъ,а не надъ нимъ (nicht ein Herrschen über den Staat, sondern Herrshen im Staate). Миссія народнаго представительства болѣе отрицательная: оно должно предохранять народъ отъ дурныхъ законовъ, а не ставить на его мѣсто другіе, хорошіе и потому оно не нуждается и въ правѣ законодательной инициіативы.

Вообще власть въ государствѣ принадлежитъ королю и закону [2]). Эта двойственность, странное какъ будто смѣшеніе юридическихъ стилей [3])—характерны для Шталя. Господство закона, создаваемаго при участіи народнаго представительства съ рѣшающимъ голосомъ, исключаетъ возможность абсолютизма; господство короля—захватъ государственной власти самозванными общественными кругами,не имѣющими за собой ни исторически пріобрѣтеннаго авторитета, ни подлиннаго моральнаго вѣса.

Какъ обезпечивается это равновѣсіе власти монарха и закона? Предвосхищая положеніе, которое сдѣлалось какимъ-то догматомъ въ государственно-правовой литературѣ Германіи, Шталь энергично отвергаетъ парламентаризмъ, политическую отвѣтственность министровъ передъ народнымъ представительствомъ вообще [4]), но столь же энергично защищаетъ онъ судебную

ность которой особенно обнаружилась въ 1848 г.; тѣмъ не менѣе принципъ правового государства вытекаетъ изъ самого характера государственной организаціи, какъ правового института (der Staat ist doch zuletzt wesentlich Rechtsinstitut), и находитъ полное оправданіе: онъ выражаетъ не содержаніе, а форму.—Einleitung in das konstitutionelle Verfassungsrecht, B. I, S. 42.

[1]) Die Philosophie des Rechtes, B. II, Ab. 2, S. 383.

[2]) Die Philosophie des Rechtes, B. II, Ab. 2, S. 104—5.

[3]) Ср. Das monarchische Princip, S. 12. Можно сопоставить эту двойственность съ ученіемъ англійскихъ юристовъ и политиковъ, которые говорили о верховенствѣ парламента и вмѣстѣ съ тѣмъ «common law» какъ Твисденъ и Кокъ.

[4]) Однако, какъ сказано выше, для Шталя «das Wesen der konstitutionellen Monarchie», между прочимъ, «besteht in dem moralischen Einfluss des Volkswillens auch auf die dem Könige allein zukommende Rechte».

ихъ отвѣтственность, какъ средство охранить закономѣрность правительственныхъ дѣйствій [1]). Право народнаго представительства обвинять министровъ, какъ извѣстно, признанное въ рядѣ нѣмецкихъ конституцій, не противорѣчитъ монархическому принципу [2]), какъ и право выражать желанія, подавать петиціи, приносить жалобы монарху. Тѣмъ не менѣе Шталь отрицаетъ возможность подчинить область управленія судебному контролю въ томъ смыслѣ, какъ ему подчинены частно-гражданскія отношенія. Правомѣрность должна быть лишь внѣшнимъ предѣломъ административной дѣятельности государства, которая вообще руководится соображеніями цѣлесообразности; напротивъ того, въ области суда правомѣрность представляетъ единственную цѣль. Обѣ сферы, поэтому, должны сохранить независимость, и споры между ними могутъ быть разрѣшаемы лишь главою ихъ обѣихъ—монархомъ. Идея административной юстиціи, какъ юстиціи, выдвинутая въ опредѣленіяхъ правового государства у Штейна и Гнейста, почти не выражена Шталемъ.

Въ связи съ этимъ неясно, какую защиту получаютъ права гражданъ, если не считать нѣсколько неожиданнаго для Шталя допущенія въ извѣстныхъ случаяхъ пассивнаго сопротивленія [3]). Конечно, только пассивнаго—за народомъ столь же мало можетъ быть признано право на революцію, какъ за монархомъ право на государственный переворотъ. Гарантія дѣйствующаго правопорядка—не юридическая, а морально-религіозная, какъ и весь государственный порядокъ покоится на религіозной основѣ, какъ и власть монарха неразрывно связана съ идеей Божіей милости. Въ этомъ недовѣріи къ правовымъ гарантіямъ лежала глубокая психологическая пропасть между Шталемъ и современ-

---

Развѣ здѣсь нѣтъ зародышей политической отвѣтственности? Die Revolution und die konstitutionelle Monarchie, S. 62.

[1]) Die Philosophie des Rechtes, B. II, Ab. 2, S. 171. Die Revolution und die konstitutionelle Monarchie, S. 69.

[2]) Die Phil. des Rechtes B. II, Ab. 2. S. 394—5.

[3]) Die Philosophie des Rechtes (2 Auf.) B. II, S. 267: «wenn ein König von England seinem Heere befehle die absolute Monarchie auszurufen und durchzusetzen... es darf der Dienst zum Umsturze der Verfassung verweigert, es darf aber nicht die Verfassung gegen den König durchgesetzt werden. Jenes ist passiver Widerstand, dieses wahre Empöhrung». Ср. Die Philosophie de Rechtes, 4 Auf. II, 2, S. 256, 548.

нымъ ему конституціоннымъ либерализмомъ. И если съ одной стороны правовое устроеніе государства получаетъ нѣкоторую религіозную санкцію, то съ другой самое это устроеніе какъ-бы теряетъ свою самостоятельность. Правовыя нормы оказываются въ высшей степени leges imperfectae. Въ этомъ смыслѣ отвѣтъ Шталя неудовлетворяетъ тѣмъ потребностямъ нѣмецкаго общества, которыя по его собственному признанію имѣли историческое оправданіе—потребности въ дѣйствительно и ощутимо обезпеченномъ государственномъ правопорядкѣ. А самый протестантизмъ, который имѣлъ въ виду Шталь, былъ гораздо менѣе способенъ служить вѣроисповѣдной опорой государства, чѣмъ католицизмъ, къ которому обращались и нѣмецкіе романтики, и Местръ, и Бональдъ [1]).

Весьма характерна полемика противъ Шталя, которую мы находимъ у Бэра, выпустившаго въ 1864 г. книгу: «der Rechtsstaat» Самъ принадлежа къ магистратурѣ, авторъ сосредоточиваетъ свое вниманіе именно на правовыхъ гарантіяхъ для гражданъ—каковыя по его убѣжденію могутъ быть создаваемы лишь опредѣленнымъ положеніемъ суда въ государствѣ. Независимость суда и участіе народнаго представительства въ законодательствѣ суть выраженія одной мысли. Нужно признать не только моральныя, но и правовыя обязанности правительственной власти—это признаніе и есть основной моментъ въ стремленіи осуществить правовое государство [2]). Но подобныя обязательства должны

---

[1]) Нельзя вообще понять Шталя, не принимая во вниманіе его религіозныхъ воззрѣній, которыя дѣйствительно далеко не согласовались съ историческимъ прусскимъ протестантизмомъ. Это особенно обнаруживается въ одномъ изъ самыхъ интересныхъ сочиненій Шталя:«der christische Staat». Религіозное міровоззрѣніе Шталя встрѣтило сочувственную оцѣнку и со стороны представителей католическаго клерикализма—напр. Catherin, Die Aufgaben der Staatsgewalt, S. 17: «Stahl sucht den heidnisch gewordenen Staat wieder zu Christentum zu bekehren. Es bleibt das Verdienst Stahls in akatholischen Kreisen nachgewiesen zu haben, dass nur in dem Willen Gottes... eine feste Grundlage für die Staatsgewalt zu finden und dass der Staat nicht alleinige Rechtsquelle ist».

[2]) Der Rechtsstaat, S. 47: «und zwar begehrt man, dass der Staatsbegriff die Stellung der Obrigkeit in dieser Gemeinschaft nicht bloss moralisch, sondern auch rechtlich beherrsche. Dies bedeudet es, wann man den Rechtsstaat begehrt».

имѣть и свою правовую защиту, которая можетъ быть достигнута только подчиненіемъ правительственной власти суду. Изъятіе дѣйствій этой власти изъ судебнаго контроля равносильно отрицанію за публичнымъ правомъ качества права. Поэтому основная задача времени создать и въ области публичнаго права самостоятельную и независимую юрисдикцію.[1]) Бэра совершенно не удовлетворяютъ надежды, возлагаемыя здѣсь Шталемъ на право парламента возбуждать обвиненіе противъ министровъ: оно недостаточно—ни принципіально, ни практически. Еще менѣе сочувствуетъ онъ порядку, при которомъ споры между администраціей и юстиціей разрѣшаетъ монархъ или особое административно-судебное учрежденіе. Въ глазахъ Бэра подобный «Competenzhof» есть выдумка, не имѣющая никакихъ корней въ нѣмецкомъ правосознаніи[2])—неудачный сколокъ съ французскихъ образцовъ. Осуществлять подобную функцію гораздо болѣе способенъ независимый судъ, чѣмъ монархъ или зависящіе отъ него должностныя лица. Вообще «чтобы правовое государство сдѣлалось дѣйствительностью, недостаточно еще опредѣлить нормы публичнаго права путемъ законодательства, нужно также создать правосудіе, которое устанавливаетъ право въ каждомъ конкретномъ случаѣ и даетъ незыблемую основу для его возстановленія, если оно нарушено»[3]).

Такимъ образомъ идеалъ Бэра тяготѣлъ къ такому господству общаго суда, которое мы находимъ въ англо-американскомъ мірѣ[4]). Его болѣе всего интересовала защита правъ отдѣльныхъ членовъ государственнаго союза; а таковая защита ихъ можетъ быть въ глазахъ Бэра осуществляема исключительно подлинными судебными учрежденіями, т.е. судами общаго права. Точка зрѣнія, которая и въ эпоху Бэра и тѣмъ болѣе позже его встрѣчала

---

[1]) Ib., S. 57, 72.

[2]) Ib., S. 102—«die Erfindung, die mit deutschen Rechtssinn nichts gemein hat».

[3]) Der Rechtsstaat, S. 192.

[4]) Это господство далеко не соотвѣтствовало Пруссіи съ ея конституціей 1850 г., гдѣ ст. 106 воспрещаетъ судамъ провѣрку законности королевскихъ указовъ. Гумпловичъ подчеркиваетъ, что Бэръ вообще не ссылается ни на одно дѣйствительное государство, какъ правовое.—Rechtsstaat und Socialismus, S. 198. Anm.

существенныя возраженія въ нѣмецкой литературѣ [1]) и въ большой степени расходилась съ законодательствомъ нѣмецкихъ государствъ [2]). Сравнительно съ этимъ признакомъ, характеризующимъ правовое государство, даже какъ будто отступаетъ на второй планъ признакъ наличности конституціоннаго представительства. Можно сказать, у Бэра мы слышимъ отзвуки индивидуализма старой естественно-правовой школы. У него недостаточно оттѣнены самостоятельныя задачи управленія, его творческій характеръ; возражая Шталю онъ утверждаетъ, будто въ управленіи «право есть высшая цѣлесообразность». Въ общемъ же у Бэра проблема правового государства ставится какъ обезпеченіе закономѣрности управленія—и здѣсь на него, мы видимъ, оказали вліяніе тѣ же самыя осознанныя въ нѣмецкомъ обществѣ потребности государственной реформы, какія сказались у Л. Штейна и Гнейста. Послѣдніе сдѣлались классическими представителями теоріи правового государства въ Германіи [3]).

Л. Штейнъ занимаетъ среди нѣмецкихъ юристовъ XIX вѣка совершенно исключительное мѣсто по широтѣ философскаго кругозора и по глубинѣ общихъ идей, которыя привлекаются къ разработкѣ самыхъ конкретныхъ отдѣловъ науки объ обществѣ [4]). Несмотря на всю устарѣлость примѣняемыхъ у него

---

[1]) Рѣзко отрицательно отнесся къ подчиненію администраціи общимъ судамъ Герберъ, Grundzüge des deutschen Staatsrechtes, S. 212: «die Unterstellung der Verwaltung unter eine ganz allgemeine Kritik der Civilgerichte würde zu einer völligen Verkehrung der naturgemässen Verhältnissen und zu einer verderblichen Lähmung der Staatgewalt führen». Ср. Pfizer, Grenzen der Verwaltungs- und Civiljustiz, S. 196.

[2]) Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, S. 229.

[3]) Можно отмѣтить высокое признаніе заслугъ Бэра у Л. Штейна, Handbuch der Verwaltungslehre, 3 Aufl., B. I, S .156: «es bleibt das hohe Verdienst Bäers, den Grundbergiff des Rechtsstaates in dem Rechtsbewusstsein unseres Volkes für immer festgestellt zu haben».

[4]) Въ глазахъ Гумпловича «ein selteneres Gemisch von Idealismus und Realismus wie Stein hat es nie gegeben. Stein ist ein Realist, der im bereiten Faltenwurf des Idealismus einherschreitet». Rechtsstaat und Sozialismus, S. 151. Съ точки зрѣнія того довольно элементарнаго монизма, котораго придерживался Гумпловичъ, такое «смѣшеніе стилей» казалось и малопонятнымъ и совсѣмъ недопустимымъ. Блестящая характеристика основныхъ мотивовъ творчества Л. Штейна въ этюдѣ «Lorenz Stein» у Inama Sternegg въ Staatswissenschaftliche Abhandlungen, S.41. Нельзя не согла-

гегельянскихъ схемъ и фактическаго матеріала, его сочиненія остаются до сихъ поръ источникомъ великаго умственнаго возбужденія для читающаго. Въ то же время Л. Штейнъ отличался исключительной воспріимчивостью къ общественнымъ и духовнымъ теченіямъ, хотя бы и не вполнѣ опредѣлившимся, но знаменательнымъ своей объективной связью съ органическими силами времени. Достаточно вспомнить хотя бы его отношеніе къ соціализму, который уже въ 40-ыхъ годахъ представлялъ для Л. Штейна предметъ самаго глубокаго и вдумчиваго интереса и въ которомъ онъ увидѣлъ чрезвычайно важный симптомъ новой исторической эпохи—все это при совершенномъ различіи въ міровоззрѣніи. Наконецъ самая широта соціально-политическихъ интересовъ Л. Штейна предохраняла его отъ односторонности, столь часто свойственной юристамъ, воспитаннымъ на цивилистикѣ, отъ вліяній старой естественно-правовой доктрины, которая всегда склонна была понимать государство слишкомъ индивидуалистически.

Въ глазахъ Л. Штейна государству присуща возможность стать правовымъ благодаря тому, что оно въ извѣстной степени независимо отъ общества съ его господствомъ однихъ классовъ надъ другими, съ его роковой прикрѣпленностью отдѣльнаго человѣка къ соціальному положенію [1]). Можно сказать, Штейнъ идеализировалъ не какое-нибудь конкретное государство, а самый принципъ государственности. Но съ другой стороны правовая свобода не можетъ вполнѣ устранить общественной необходимости, и уже поэтому одному нельзя превратить государство въ исключительно правовую организацію. Самое же понятіе правового государства не есть что-либо апріорное или связанное съ духовными свойствами какой-нибудь опредѣленной національности [2]);

ситься со словами автора: «Steins literärische Leistungen lassen sich nur in ihrer Gesammtheit und in ihrem vollen Zusammenhange richtig beurteilen» S. 45.

[1]) Особенно замѣчательна характеристика отношеній между личностью и обществомъ, обществомъ и государствомъ во введеніи къ I тому Geschichte der socialen Bewegungen in Frankreich. Чрезвычайно интересныя замѣчанія о противоположности общества и государства у Л. Штейна и о его глубокомъ смыслѣ въ книгѣ П. Б. Струве, Хозяйство и цѣна, т. I, стр. 39 (въ связи съ ученіемъ автора о соціальныхъ явленіяхъ автогеническихъ и гетерогеническихъ).

[2]) Л. Штейнъ, показывая, почему именно въ Германіи сложилась

оно вполнѣ отражаетъ историческія условія. Если принять во вниманіе послѣднія, то въ современномъ мірѣ правовымъ государствомъ можетъ быть признано таковое, гдѣ управленіе соотвѣтствуетъ конституціи [1]). Л. Штейнъ указываетъ, что въ современныхъ европейскихъ обществахъ уже установлено во всѣхъ главныхъ чертахъ единогласіе относительно существа свободнаго государственнаго устройства; великій вопросъ ближайшаго будущаго касается существа свободнаго управленія, т. е. отношенія исполнительной власти къ законодательной, указа къ закону. Правовое государство не означаетъ такое, которое вводитъ въ свои задачи созданіе права—тогда подъ эту категорію попадаетъ всякое государство; правовымъ именуется государство, поскольку оно развиваетъ не право вообще, но опредѣленную область послѣдняго—не гражданское, уголовное, общественное (gesellschaftlich), но право управленія въ широкомъ смыслѣ (Regierungsrecht). «Требованіе правового государства соотвѣтствуетъ именно этому моменту, когда отъ государства ожидается созданіе для новой государствненой жизни дѣйствующей системы права управленія; когда развитому и сильному организму правительственной власти противополагаются въ качествѣ грани законъ, самоуправленіе и право отдѣльнаго гражданина, въ цѣляхъ обезпечить самостоятельность этихъ трехъ факторовъ относительно правительственной власти. Идея правового государства означаетъ систему правовыхъ основоположеній и средствъ, которыя признаются обязательными для правительства въ его указной и конкретной дѣятельности, обязательными въ цѣляхъ сохраненія права, установленнаго въ законодательствѣ» [2]). Такимъ образомъ правовое государство предполагаетъ верховенство закона, осуществляющееся въ конституціонномъ

благопріятная почва для ученія о правовомъ государствѣ, предостерегаетъ однако противъ того, чтобы видѣть въ немъ нѣчто специфически-нѣмецкое.

[1]) Die Verwaltungslehre, 2 Aufl., B. I. S. 70.

[2]) Die Verwaltungslehre, B. I. S. 297: «die Forderung nach einem Rechtsstaate bedeutet daher den Zeitpunkt, wo vom Staate nicht das Recht überhaupt, sondern das Regierungsrecht, als geltendes System für sein neues Staatsleben gefordert wird, d. h. wo dem grossen und gewaltigen Organismus der Regierung gegenüber dem Gesetze, der Selbstverwaltung und dem Einzelnen eine Gränze gesetzt worden soll, um die Selbstständikgeit dieser drei Factoren gegenüber der Regierungsgewalt zu bewahren» u. s. w.

государствѣ, но оно вмѣстѣ съ тѣмъ утверждаетъ проникновенiе этого верховенства во всю область государственнаго управленiя— утверждаетъ наличность цѣлой разработанной публично-правовой системы [1]). Понятiе правового государства въ отличiе отъ Моля и Шталя значительно конкретизируется: оно есть опредѣленная разновидность конституцiоннаго государства.

Здѣсь необходимо имѣть въ виду самый взглядъ Л. Штейна на управленiе. Извѣстно, насколько рѣшительно этотъ взглядъ шелъ въ разрѣзъ съ воззрѣнiями, наиболѣе яркимъ представителемъ которыхъ является Руссо [2]) и которыя оставили такой глубокiй слѣдъ на конституцiонной исторiи революцiи. Французы приступали въ 1789 г. къ преобразованiю государственнаго строя съ широко распространеннымъ убѣжденiемъ, что исполнительная власть въ самомъ дѣлѣ должна ограничиваться буквальнымъ, пассивнымъ исполненiемъ законовъ. Такое убѣжденiе питалось возрастающимъ недовѣрiемъ къ монархiи, столь тѣсно связанной со всѣмъ старымъ порядкомъ, и въ результатѣ его явилась конституцiя 1791 г., гдѣ власть короля совершенно обезсилена, а правительство лишено всякой самостоятельности и возможности обезпечить единство дѣйствiя административнаго аппарата. Правда, въ быстрой смѣнѣ революцiонныхъ конституцiй одна крайность уступила мѣсто другой: впослѣдствiи права законодательной власти были всецѣло принесены въ жертву стремленiю упрочить власть правительства (конституцiя VIII г.), самодержавiе конвента завершилось диктатурой Наполеона; но въ политической и государственно-правовой литературѣ взглядъ

---

[1]) Указавъ въ приведенномъ выше мѣстѣ на заслуги Бэра, который поставилъ вопросъ въ принципѣ, Л. Штейнъ здѣсь прибавляетъ: «und jetzt wird man auch die Notwendigkeit erkennen, dieses hochwichtiges Gebiet nicht mehr mit einigen allgemeinen Sätzen zu erledigen, sondern es in seinem ganzen systematischen Inhalt zu entwickeln».

[2]) Contrat social, l. III, особ. ch. 1, 10, 13, 18.—Отсюда и тѣ весьма пагубные совѣты, которые Руссо давалъ полякамъ въ Du Gouvernement de la Pologne (ch. 4) и которые шли въ совершенно противоположномъ направленiи съ идеями конституцiи 3 мая 1791 г., конституцiи, къ несчастью для Польши слишкомъ запоздавшей. Здѣсь влiянiе Руссо встрѣтило во французскомъ обществѣ чрезвычайно благопрiятную психологическую среду, подготовленную всѣми злоупотребленiями и всей непопулярностью стараго порядка.

на управленіе, какъ на пассивное механическое исполненіе закона, долгое время остается ходячимъ.

Одна изъ заслугъ Л. Штейна лежитъ въ рѣшительномъ опроверженіи этого предразсудка, одинаково ложнаго теоретически и пагубнаго практически. Управленіе наполняетъ собой всю ежедневную, такъ сказать, жизнь государства; его дѣятельность не можетъ остановиться ни на минуту, какъ не можетъ въ живомъ организмѣ ни на минуту перестать биться сердце [1]). Она носитъ въ высшей степени творческій характеръ. Очевидно, обезпеченіе закономѣрности при такомъ его пониманіи есть нѣчто гораздо болѣе сложное, чѣмъ когда управленіе представляется механическимъ выполненіемъ закона. Поэтому Л. Штейнъ говоритъ не о «gesetzmässiges», а о «verfassungsmässiges»Verwaltungsrecht[2]). Онъ признаетъ, что договорная теорія въ своемъ стремленіи ограничить правительственную власть безсознательно шла навстрѣчу разрѣшенію той самой задачи, которую сознательно ставитъ себѣ и современная теорія правового государства [3]). Послѣдняя разрѣшаетъ ее уже не съ точки зрѣнія исключительно индивидуалистической: правительственной власти противополагается не только право отдѣльнаго гражданина, но наличность и самоуправляющихся организацій и объективныхъ правовыхъ положеній, созданныхъ законодательнымъ порядкомъ; при этомъ законъ для Л. Штейна есть выраженіе самостоятельной государственной воли, а не отраженіе какой-либо другой воли, хотя бы всенародной, всеобщей, по истолкованію Руссо. Исходя изъ этихъ началъ,дѣйствительно нельзя ограничиться одними общими принципами.Какъ провести на основаніи только ихъ точную грань между областями государственнаго управленія и самоуправленія? Ограничивается ли указное право областью intra legem или оно можетъ простираться на акты praeter legem? Проблема правового государства для Л.Штейна во всякомъ случаѣ отнюдь не исчерпывается обезпеченіемъ правомѣрности въ острыхъ и хроническихъ столкновеніяхъ между государственной властью и отдѣльнымъ членомъ государственнаго союза.

---

[1]) Handbuch der Verwaltungslehre, B. I, S. 5: «das ist die Idee der Verwaltung, die Idee des arbeitenden Staates».

[2]) Die Verwaltungslehre, B. I, S. 70; Handbuch der Verwaltungslehre, B. I, S. 133.

[3]) Die Verwaltungslehre, B. I, S. 298.

Изъ этого не слѣдуетъ, конечно, чтобы и вопросъ затронутый Бэромъ—вопросъ о правовой защитѣ гражданина—не заслуживалъ величайшаго вниманія. Л.Штейнъ остановился на немъ со всѣмъ такимъ вниманіемъ, создавая свое ученіе объ административной юстиціи. Если онъ рѣшительно отказываетъ гражданину въ правѣ прибѣгать къ активному сопротивленію незаконнымъ требованіямъ власти [1]) и разрѣшаетъ въ нѣкоторыхъ предѣлахъ лишь сопротивленіе пассивное, а въ то же время надѣляетъ правительственную власть возможностью принудительнаго выполненія своихъ требованій (Execution), то у гражданина остается путь жалобы и иска—(Klage und Beschwerderecht) сообразно съ тѣмъ, нарушены ли только его интересы или также и его права. Здѣсь Л. Штейнъ стоитъ не только на почвѣ нѣмецкихъ отношеній, но и административно-правового опыта Франціи, хотя симпатіи Л. Штейна склоняются къ болѣе широкой компетенціи общихъ судовъ[2]). Вообще только наличность административной юстиціи обезпечиваетъ неприкосновенность тѣхъ граней, которыми въ правовомъ государствѣ окружена дѣятельность правительства. Въ концѣ концовъ правовое государство для Л. Штейна есть конституціонное государство съ правильно устроенной административной юстиціей—юстиціей не только по имени, но и по духу.

Согласно господствующему въ нѣмецкой литературѣ взгляду, мысли Л. Штейна о правовомъ государствѣ получили законченную обработку и выраженіе у Гнейста [3]). Это мнѣніе приходится однако обставлять существенными оговорками. Гнейстъ далеко уступалъ Л. Штейну въ идейной глубинѣ; у него совсѣмъ не было философско-систематическаго устремленія, которое ищетъ понять мѣсто каждаго аспекта и каждаго элемента общественной

---

[1]) Ib., S. 330.

[2]) Die Lehre von der vollziehenden Gewalt, (1865) S. 183.

[3]) Напримѣръ, ср. Lemayr въ Grünhut's Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart, B. 29. Der Begriff des Rechtsschutzes im öffentlichen Leben, S. 183. Gumplovicz, Rechtsstaat und Sozialismus, S. 201 (въ общемъ Гумпловичъ, какъ намъ кажется, склоненъ переоцѣнивать значеніе Гнейста). Ср. Klöppel, Gesetz und Obrigkeit, S.86: «dass die Obrigkeit an das Gesetz gebunden sei, ist durch Gneist der heutige Begriff des Rechtsstaates geworden».

жизни въ ея цѣломъ и даже въ цѣломъ мірозданія. Выдающіяся историческія познанія Гнейста въ значительной степени обезцѣнивались его склонностью воспринимать факты сквозь призму предвзятой доктрины—склонностью, которая такъ ярко обнаружилась въ трудахъ по англійской исторіи и англійскому государственному праву [1]). Не мало повредила ему также и крайняя политическая тенденціозность, сказывавшаяся и въ черезвычайно искусственномъ толкованіи прусской конституціи, и въ постоянно повторяющихся обвинительныхъ приговорахъ надъ государственнымъ и администравнымъ строемъ Франціи. Труды Л. Штейна до сихъ поръ даютъ положительное умственное удовлетвореніе; труды Гнейста въ значительной мѣрѣ сохранили лишь историческій интересъ.

Основныя качества Гнейста отразились и на пониманіи у него правового государства, которому онъ посвятилъ особую монографію: «Der Rechtsstaat». Послѣднее въ его глазахъ представляетъ исконнюю принадлежность быта германскихъ народовъ. Мы находимъ его въ настоящемъ и прошломъ Англіи; столь же давнія традиціи имѣетъ оно за собой въ Германіи. Оказывается, правовымъ было уже государство каролинговъ; оно осуществлялось и въ нѣмецкомъ средневѣковьи и въ новое время, и эта традиція на короткое время нарушается лишь господствомъ системы Меттерниха. Здѣсь разумѣется «не наличность какого-нибудь отдѣльнаго учрежденія, а основной характеръ нашего (нѣмецкаго) правового развитія». Наоборотъ, въ природѣ французскаго государственнаго строя выражается прямое отрицаніе правового государства [2]).

Существенная черта власти въ этомъ государствѣ—духъ самоограниченія, котораго, однако, отнюдь нельзя смѣшивать съ подчиненіемъ государства обществу, характернымъ, напротивъ, для французско-бельгійскаго парламентаризма. Можно было бы ожидать, что здѣсь Гнейстъ приходитъ къ весьма широкому истолкованію

---

[1]) Извѣстно, что въ Англіи труды Гнейста встрѣтили вообще довольно отрицательную оцѣнку, и время ее скорѣе подкрѣпило. Уничтожающую критику нѣкоторыхъ взглядовъ Гнейста въ области государственнаго права Англіи—на которыхъ онъ весьма настаивалъ—далъ Редлихъ въ Geist und Technick des englischen Parlamentarismus, S. 728.

[2]) Der Rechtsstaat, S. 158: Die Negation des Rechtsstaates in dem Staatswesen Frankreichs.

правового государства, при которомъ послѣднее можетъ воплощаться въ разнообразныхъ государственныхъ формахъ. Дѣйствительно,это начало у него выражается въ столь,казалось бы, непохожихъ политическихъ организаціяхъ, какъ Англія и нѣмецкія государства; впрочемъ, по Гнейсту и Англію и Германію одинаково отличаетъ соединеніе монархіи съ обезпеченнымъ правовымъ характеромъ дѣятельности государственной власти.Этимъ устраняется какъ произволъ единовластія, такъ и произволъ общественныхъ классовъ и группъ, свойственный парламентаризму. Очевидно, Англія могла подойти подъ такую характеристику, сближающую ее съ Пруссіей подъ режимомъ конституціи 1850 г, лишь при весьма стилизованномъ изображеніи англійскаго строя, которое дѣйствительно давалось въ произведеніяхъ Гнейста. Всего ближе правовое государство у Гнейста, какъ и у Шталя [1]), подходитъ къ типу нѣмецкихъ конституціонныхъ государствъ—съ сильно выраженнымъ монархическимъ принципомъ, которому противорѣчитъ «извращенная» доктрина раздѣленія властей, превращающая короля лишь въ главу исполнительной власти; съ рѣшительнымъ отрицаніемъ политической отвѣтственности министерства; съ ограниченіемъ вообще парламентскаго контроля провѣркой лишь закономѣрности, а не цѣлесообразности правительственныхъ дѣйствій, и, въ особенности, съ ограниченнымъ бюджетнымъ правомъ [2]).

Но главнымъ выраженіемъ идеи правового государства для Гнейста, какъ и для Л. Штейна, остается административная

[1]) Во многомъ и взглядъ Гнейста на основы англійскаго государственнаго строя напоминаетъ оцѣнку Шталя.

[2]) Гнейстъ особенно энергично доказывалъ,что полная свобода бюджетныхъ вотумовъ парламента, допускающая измѣненія въ бюджетномъ порядкѣ законодательныхъ постановленій на подобіе того, какъ это допускаетъ бельгійская конституція, совершенно противорѣчитъ правовому государству. См. особенно его Budget und Gesetz (1867) и Gesetz und Budget (1878).—Въ первой приведенной работѣ Гнейстъ указываетъ,что англійское бюджетное право было совершенно невѣрно понято на континентѣ; во второй онъ нападаетъ на такое «расширенное» толкованіе прусской конституціи,руководясь которымъ палата представителей въ 1878 г. отклонила кредитъ на новыя министерства, проектированныя правительствомъ, несмотря на 45 ст. конституціи, по коей «король назначаетъ министровъ». Здѣсь дается настоящее reductio ad absurdum бюджетныхъ теорій Гнейста.

юстиція [1]). Безъ наличности ея провозглашеніе въ конституціи всякихъ основныхъ правъ человѣка и гражданина оказывается самымъ безполезнымъ дѣломъ. При парламентаризмѣ надъ управленіемъ господствуютъ политическія партіи; при разумной административной юстиціи надъ нимъ властвуетъ недоступное партійному своекорыстію общее для всѣхъ право. Въ этомъ смыслѣ Гнейстъ считаетъ черезвычайно благодѣтельною прусскую реформу 70-ыхъ годовъ, связавшую административную юстицію и мѣстное самоуправленіе. Здѣсь устанавливаются нормальныя отношенія между обществомъ и государствомъ: государственныя учрежденія получили опору въ органахъ общественнаго самоуправленія, а общественныя силы были привлечены къ дѣятельному служенію государственной идеѣ. При этомъ опять у Гнейста остается совсѣмъ искусственное, тенденціозное противоположеніе идей самоуправленія и парламентаризма.

Такимъ образомъ въ глазахъ Гнейста идея правового государства какъ бы закончила свою миссію въ Пруссіи: она получила здѣсь полное воплощеніе, получила его тогда, когда въ другой излюбленной странѣ Гнейста—Англіи избирательная реформа 1867 г. колебала всѣ признаваемыя имъ основы конституціоннаго развитія [2]). Будущее Англіи начинаетъ казаться Гнейсту столь же мрачнымъ, сколь свѣтлы предзнаменованія для Германіи. Ему оставалось только желать, чтобы нѣмецкая юридическая наука и практика оказались на высотѣ совершившихся реформъ [3]). Надо сознаться, что оцѣнка прусской мѣстной реформы, данная Гнейстомъ, лучше выдержала испытаніе времени, чѣмъ его теоретико-правовые принципы, столь условные и столь односторонніе, въ частности его ученіе о правовомъ государствѣ.

Извѣстно, какой мощный толчекъ дало нѣмецкой государственно-правовой наукѣ объединеніе Германіи—основаніе Северогерманскаго союза и Германской имперіи. Конечно, очередной

[1]) Второе изданіе книги Гнейста «Der Rechtsstaat» (первое вышло въ 1872) появилось въ 1879 подъ заглавіемъ: «Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte im Deutschland». Ср. его брошюру: «Zur Verwaltungsreform und Verwaltungsrechtspflege in Preussen» (1880), ос. S. 48—53.

[2]) Das englische Parlament, S. 402.

[3]) Глава въ Der Rechtsstaat: «Der Beruf des deutschen Juristenstandes», 2 Auf., S. 321.

задачей явилось юридическое истолкованіе новой государственной организаціи, которая не укладывалась въ обычныя рамки,и къ которой можно было бы также приложить слова Пуффендорфа о старой священно-римской имперіи: irregulare aliquod corpus et monstruo simile [1]). Создавались юридическія конструкціи союзнаго государства въ отличіе отъ союза государствъ, существовавшаго въ Германіи послѣ 1815 г., опредѣлялись отношенія имперской власти и отдѣльныхъ входящихъ государствъ и т. п. Но здѣсь неизбѣжно затрагивались и другіе коренные вопросы, касающіеся государства,—о суверенитетѣ,объ отличіи государства и самоуправляющагося союза, о правѣ монарха вообще и объ отклоненіяхъ отъ этого права въ положеніи германскаго императора. Рядомъ съ подробными анализами отдѣльныхъ институтовъ государственнаго права имперіи появились болѣе или менѣе широкіе синтезы. Такой синтезъ прежде всего данъ у Лабанда,—общая государственно - правовая система, хотя и пріуроченная къ изображенію строя Германіи,—синтезъ,замѣчательный во всякомъ случаѣ по своему единству и выдержанности. Само собой разумѣется, и здѣсь строго юридическіе пріемы и точки зрѣнія переплетаются съ политическими, какъ бы ни открещивались отъ этихъ послѣднихъ юристы «формальной» школы.

Среди другихъ проблемъ новая литература, естественно, остановилась и на правовомъ государствѣ. Политически испытывалась потребность приложить выражающійся въ немъ критерій къ новымъ государственнымъ отношеніямъ. Юридически приходилось пересматривать и самый критерій, разъ прежнія формулы связи между правомъ и государствомъ были признаны недостаточными. Нельзя было пройти мимо понятія, которое съ одной стороны какъ будто прочно вошло въ научный обиходъ, а съ другой еще далеко не было окончательно и единогласно установлено въ своемъ содержаніи. Пройти мимо правового государства не могъ даже такой крайній «реалистъ» и сторонникъ неограниченнаго государственнаго суверенитета, какъ Зейдель. Носителемъ этого суверенитета у него оказывается, впрочемъ, не государство, низведенное до степени объекта права, а вла-

---

[1]) Severinus de Monzambo. De statu imperii germanici, c. V, § 9 въ Quellen und Studien zur Verfassungsgeschichte, B. III, H. 4.

ститель-государь. Его властвованіе (Herrschaft) возникаетъ чисто фактически, и изъ этого уже состоянія проистекаетъ право—т.е., по Зейделю, «совокупность отношеній, посредствомъ которыхъ правящая воля организуетъ совмѣстное жительство людей въ государствѣ» [1]). Понятно, что въ глазахъ Зейделя правовое государство есть нѣчто вполнѣ конкретное: оно исчерпывзется требованіемъ, чтобы при конституціонномъ строѣ законодательство было отдѣлено отъ управленія [2])—т. е. требованіемъ, которому удовлетворяетъ всякое дѣйствительное конституціонное государство, при чемъ съ точки зрѣнія Зейделя ему не противорѣчитъ наличность права чрезвычайныхъ указовъ (Notverordnungsecht), и тѣмъ менѣе—широкія полномочія главы государства въ области изданія вообще указовъ и распоряженій.

Господствующее однако теченіе въ нѣмецкой государственно-правовой литературѣ этого періода представлено не Зейделемъ, а Лабандомъ съ его истолкованіемъ государства какъ юридическаго лица [3]). Отсюда и болѣе отвлеченное пониманіе правового государства: его признакъ заключается въ томъ, что государство не можетъ требовать отъ своихъ сочленовъ никакихъ дѣйствій и не можетъ имъ ихъ запрещать иначе, какъ на основаніи извѣстнаго правового положенія. (Rechtssatz) [4]). А такъ какъ для Лабанда установленіе такого пра-

---

[1]) Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre, S. 13.

[2]) Ib., S. 23.

[3]) Извѣстно, что предшественникомъ Лабанда явился здѣсь Герберъ, ясно установившій вообще принципы формально-юридической разработки государственнаго права. Право онъ беретъ лишь въ объективномъ смыслѣ: «die Willensmacht des Staates, die Staatsgewalt ist das Recht des Staates»—Grundzüge des deutschen Staatsrechts, 3 Aufl., S. 3. Границы государственной власти полагаются лишь цѣлями государства, но эти границы болѣе моральныя, чѣмъ правовыя; S. 31: «die Staatsgewalt ist keine absolute Willensmacht. Sie soll nur dem Zwecke des Staates dienen, nur für ihn bestehen. In ihm sind mithin die natürlichen Grenzen des Gebiets ihrer Wirksamkeit enthalten». Характерно для Гербера отрицаніе субъективныхъ публичныхъ правъ и рѣшительное осужденіе подчиненія администраціи общимъ судамъ—этого въ его глазахъ полнѣйшаго извращенія и пагубнаго умаленія правительственной власти. Герберъ упоминаетъ лишь о Beschwerde, не о Klage.

[4]) Къ Лабанду въ ученіи о правовомъ государствѣ примыкаетъ Rosin, Das Polizeiverordnungsrecht in Preussen, S. 13, 22. Опредѣленіе его однако

вового положенія характеризуетъ законодательный актъ, если послѣдній берется въ матеріальномъ смыслѣ[1]), то можно сказать, что для него государство является правовымъ постольку, поскольку положительныя или отрицательныя обязанности гражданъ опредѣляются матеріальными законами. Это утвержденіе кажется чисто отвлеченнымъ, если не имѣть въ виду, что какъ правило въ конституціонномъ государствѣ созданіе матеріальныхъ законовъ требуетъ и законодательной формы, т. е. прямого участія народнаго представительства (къ послѣднему долженъ быть относимъ и тотъ случай, когда палаты спеціально уполномачиваютъ правительство на изданіе въ извѣстной области Rechtsverordnungen). Въ этомъ существенная гарантія для гражданъ. Впрочемъ, у Лабанда понятіе правового государства выдерживается въ совершенно объективныхъ, такъ сказать, тонахъ: ему соотвѣтствуютъ извѣстныя черты государственнаго правопорядка, а не наличность какихъ-либо правопритязаній со стороны гражданъ. Слѣдуя здѣсь за Герберомъ, Лабандъ отрицаетъ вообще субъективныя публичныя права, и въ данномъ случаѣ каждый членъ государственнаго союза, даже относимаго къ разряду правовыхъ государствъ, пользуется рефлексомъ того правила, по которому обязанности гражданъ устанавливаются лишь въ законодательномъ порядкѣ. Отъ воли государства всецѣло зависитъ, оставить ли это правило въ силѣ, отмѣнить ли его или ограничить[2]).

значительно болѣе общее, S. 2: «правовое государство есть то, которое признаетъ и для себя обязательными нормы государственнаго права» («indem der Staat die Normen derselben (des Staatsrechtes) für sich als bindend erachtet, erkennt er zugleich das Recht als gleichmässig über ihm und den Gliedpersönlichkeiten stehend an»). Практически это сводится къ раздѣленію законодательной и административной функцій, что осуществляется при конституціонномъ строѣ. Розинъ однако не отождествляетъ государство правовое и конституціонное, а лишь оговариваетъ, S. 3: «erst im Verfassungsstaate kann daher der Rechtsstaat zur vollkommenen Realität gelangen».

[1]) Das Staatsrecht des deutschen Reiches 4 Aufl., B. II, S. 2, 82.

[2]) Das Staatsrecht des d. Reiches B. I, S. 138, 306. Этотъ отрицательный взглядъ на субъективныя публичныя права до сихъ поръ весьма распространенъ въ нѣмецкой научной и даже популярной литературѣ. Характерна увѣренность и категоричность отрицанія, сопровождающаяся, впрочемъ, оговорками о его политической безвредности, въ статьѣ Бруно

Здѣсь лежитъ коренное различіе между взглядами Лабанда и Іеллинека. Для Іеллинека наличность субъективныхъ публичныхъ правъ есть необходимое послѣдствіе правового самоограниченія государства. Они столь же мало противорѣчатъ государственному суверенитету, какъ и субъективныя частныя права. Указанное правограниченіе государства, имѣющее, какъ мы говорили, чисто метаюридическое значеніе, дѣлаетъ возможнымъ и правовое государство. Поэтому оно для Іеллинека не представляется опредѣленнымъ типомъ государственной организаціи, но его основнымъ признакомъ оказывается обезпеченіе правъ—не только частныхъ, но и публичныхъ—членовъ государственнаго союза; при чемъ, разумѣется, степень этого обезпеченія можетъ быть весьма различна. Послѣдняя глава въ Allgemeine Staatslehre посвящена именно гарантіямъ публичнаго права, юридическимъ и внѣюридическимъ, при чемъ административная юстиція является лишь одной изъ подобныхъ гарантій.

Своеобразное теченіе въ нѣмецкой государственно-правовой литературѣ этой эпохи представлено Генелемъ. У него, какъ и у Іеллинека, всегда оставалось живое сознаніе условности юридическаго формализма и стремленіе найти болѣе прочное философское основаніе для разбираемыхъ вопросовъ. Поэтому мы у него встрѣчаемъ довольно ярко выраженное разногласіе со взглядами и методами Лабанда и иногда весьма убѣдительную противъ него полемику [1]). Принципіально его всего болѣе отъ Лабанда и даже Іеллинека отличаетъ взглядъ на отношеніе права и государства. Съ одной стороны, по Генелю государство не можетъ быть признано юридическимъ лицомъ—оно лишъ правовое отношеніе между множествомъ лицъ [2]), и въ этомъ смыслѣ государство является простой разновид-

---

Бейера, Von den Grenzen der Wirksamkeit des Staates въ Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft Бюхера 1913, H. 4, S. 570.

[1]) Напримѣръ, по поводу взглядовъ Лабанда на бюджетъ—Studien zum deutschen Staatsrechte, B. II, S. 330.—Отвѣтъ Лабанда: Das Staatsrecht des deutschen Reiches (4 Auf.), B. IV, S. 555—показываетъ, какъ онъ былъ затронутъ этими возраженіями.

[2]) Studien, B. II, S. 233: государство не «Personeneinheit», а «Rechtsverhältniss einer Personenmehrheit».

ностью общества; съ другой—право есть необходимая сторона проявленія государства. Такимъ образомъ, правовое самоограниченіе для Генеля, въ еще большей степени, чѣмъ для Іеллинека, оказывается необходимой принадлежностью всякаго государства. А такъ какъ государственное единство заслоняется у него множественностью членовъ государственнаго союза, то понятно, что правовая организація и воплощается преимущественно въ признаніи за этими членами правъ и обязанностей. Такимъ образомъ, какъ будто всякое государство оказывается правовымъ—взглядъ, къ которому трудно не придти, если переоцѣнивать въ государствѣ правовой элементъ или, лучше сказать, недооцѣнивать въ немъ аспекты власти и силы. Генель не останавливается спеціально на понятіи правового государства, но, повидимому, его основою онъ признаетъ то же самое, что Лабандъ,—необходимость законодательной формы для созданія правовыхъ отношеній между властью и гражданами [1]). Въ этомъ заключается смыслъ и конституціоннаго устройства. Но Генель здѣсь идетъ далѣе Лабанда и признаетъ, что нѣтъ различія между закономъ въ матеріальномъ и формальномъ значеніи; если каждое правовое положеніе требуетъ законодательной формы, то съ другой стороны всякій актъ законодательной власти въ конституціонномъ государствѣ заключаетъ подобное правовое положеніе,—напримѣръ, бюджетъ [2]). И въ этомъ отождествленіи сказывается характерная тенденція Генеля не разрывать искусственнымъ процессомъ въ правѣ содержаніе и форму, брать ихъ въ конкретной жизненной полнотѣ,—хотя въ данномъ случаѣ, въ вопросѣ о формальной и матеріальной сторонѣ закона, эта тенденція, надо признать, не приводитъ Генеля къ плодотворнымъ результатамъ.

Какъ было уже указано, подобное стремленіе подчеркнуть формальную связь права и государства еще сильнѣе выражено у Гирке. Для него непріемлемъ не только реализмъ Зейделя, но и формализмъ Лабанда—во всякомъ случаѣ послѣдній требуетъ су-

---

[1]) Ib., S. 281: «die Form des Gesetzes ist verfassungsmässig überall gefordert, wo Rechtssätze vom Staatswegen erzeugt werden sollen. Die konstitutionelle Form des Gesetzes ist hier nach dieser Verfassung notwendig für Alles, was der staatlichen Regelung durch Rechtssätze fähig und bedürftig ist».

[2]) Ib., S. 172, 330.

щественныхъ оговорокъ [1]). Изложивъ свой взглядъ на отношеніе права и государства, которыя имѣютъ самостоятельную природу, но необходимо связаны другъ съ другомъ, такъ что ихъ нельзя одно безъ другого мыслить, Гирке продолжаетъ: «выраженіемъ подобнаго пониманія права и государства является и требованіе правового государства, выставляемое сознаніемъ новаго времени. Правовымъ является государство, которое ставитъ себя не выше права, но въ среду права, государство, которое во всей своей положительной жизненной дѣятельности, подобно отдѣльному гражданину, пользуется свободой, но свободой въ предѣлахъ закона, и связано рамками права; государство, гдѣ все публичное право, совершенно такъ же, какъ и частное, признается правомъ въ полномъ смыслѣ слова и пользуется судебной защитой, въ которой ему у насъ еще до сихъ поръ отказываютъ» [2]).

Болѣе конкретное опредѣленіе мы находимъ въ монографіи объ Алтузіи. Правовое государство обнаруживается въ правовой защитѣ гражданъ: его принципъ проведенъ въ современномъ конституціонномъ строѣ. Право сопротивленія и возмущенія, признаваемое въ нѣкоторыя эпохи европейской исторіи, есть прямое отрицаніе правового государства: послѣднее повелительно требуетъ наличности какой-нибудь высшей, безапелляціонной инстанціи. Поскольку конституціонная доктрина, оставаясь на старой естественно-правовой почвѣ, пыталась создать правовую защиту противъ государства и внѣ государства, она обречена была на полную неудачу. Ея прочная заслуга, напротивъ, заключалась въ томъ, что она въ связи съ ученіемъ о раздѣленіи властей выставила болѣе рѣзко и принципіально, чѣмъ когда-нибудь, требованіе право-

---

[1]) Чрезвычайно интересна въ этомъ смыслѣ его рецензія на Лабанда: Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft въ Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft, B. VII, H. 4, S. 1.

[2]) Die Grundbegriffe des Staatsrechtes und die neuesten Staatstheorien въ Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft (1874), B. XXX, S. 183. Ср. Das deutsche Genossenschaftsrecht, B. I, S. 831: «der Satz: salus populi suprema lex est kehrt sich also im Rechtsstaate um; das öffentliche Wohl ist zwar der positive Inhalt der Staatsthätigkeit, aber das Gesetz bezeichnet die Grenzen, wie weit die Verfolgung des öffentlichen Wohls dem Sonderwohl gegenüber gehen darf».

вой защиты въ предѣлахъ государства и средствами самого государства. «Въ этомъ смыслѣ все дальнѣйшее развитіе опредѣляется все съ большей ясностью формулированными великими началами: формальное всемогущество государства надъ правомъ (die formelle Allgewalt des Staates über das Recht) выражается исключительно черезъ законодательныя учрежденія и въ формѣ закона; управленіе связано законами; правосудіе, какъ самостоятельная функція въ государствѣ, требуетъ независимой организаціи и особо установленной процедуры»[1]).

Такимъ образомъ анархическому праву сопротивленія противополагается правовая защита, организованная средствами самого государства; она возможна при условіи раздѣленія властей, т. е. въ рамкахъ конституціоннаго государства, но наличность конституціи еще не разрѣшаетъ задачи—сдѣлать публичное право такимъ же обезпеченнымъ, какъ и частное.

Требованіе правового государства допускаетъ различныя степени осуществленія, и изъ словъ Гирке можно заключить, что для него этотъ процессъ въ современныхъ нѣмецкихъ государствахъ еще отнюдь не закончился. Гирке однако могъ смотрѣть на будущее тѣмъ оптимистичнѣе, что въ его глазахъ осуществленіе правового государства связывалось съ торжествомъ нѣкоторыхъ идей, глубоко заложенныхъ въ прошломъ нѣмецкаго народа[2]). Величайшее препятствіе, напротивъ, здѣсь представляло римское пониманіе государства, какъ абсолютнаго, самодовлѣющаго единства, рядомъ съ которымъ могутъ существовать только отдѣльные граждане. Отголоски подобнаго пониманія слышатся и теперь, когда признается личность только за государствомъ, а за всѣми прочими союзами лишь въ той мѣрѣ, въ какой это согласно съ волей государства[3]).

---

[1]) Johannes Althusius, S. 316.

[2]) Эти идеи понимались у Гирке, конечно, не въ смыслѣ своего рода анархическаго индивидуализма, какъ его склонны были изображать ранніе германисты, противополагая его римской централизаціи и государственному всемогуществу. Здѣсь полезно вспомнить предостерегающее замѣчаніе Бруннера въ Deutsche Rechtsgeschichte, S. 153: «der individualistische Charakter, den man nicht selten unserem älteren Rechte belegen will, fehlt ihm ganz und gar».

[3]) Das deutsche Genossenschaftsrecht, B. I, S. 839. Ср. Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung, S. 5: «den Kern der Genossen-

Для германскаго правосознанія населеніе государства никогда не представлялось такой «людской пылью»; напротивъ того, нѣмецкое средневѣковье показываетъ черезвычайное богатство всякаго рода союзовъ, которые создавались независимо отъ государства и могли являться даже прообразами дальнѣйшаго государственнаго развитія (города). Вообще этому правосознанію рядомъ съ идеей господства (Herrschaft) всегда была присуща идея союзности (Гирке употребляетъ здѣсь трудно переводимое на русскій языкъ слово Genossenschaft, наиболѣе буквально—сотоварищество). Никогда верховная власть не освобождалась здѣсь отъ правовой сдержки [1]). Сѣмена болѣе свободнаго единенія не были заглушены и княжескимъ абсолютизмомъ, который, впрочемъ, въ борьбѣ съ эгоистическими притязаніями сословій также служилъ общему благу. Въ современномъ нѣмецкомъ конституціонномъ государствѣ разрѣшаются историческія противорѣчія господства и взаимности, монарха и сословій; и монархъ и народное представительство, какъ и вся совокупность полноправныхъ гражданъ и суды, суть лишь государственные органы, «формы проявленія государственной личности». «Въ противоположность античному и римскому государству, точно такъ-же, какъ государству полицейскому, которое хотя преходящимъ образомъ (vorübergehend) осуществлялось и у насъ, новое германское государство должно стать государствомъ правовымъ» [2]). Впрочемъ Гирке имѣетъ здѣсь въ виду не возстановленіе старогерманскаго строя, гдѣ государство такъ сказать растворялось въ правѣ отдѣльныхъ общественныхъ группъ; нужно только, «чтобы государство, организація котораго сама по себѣ есть правовая, и пребывало въ правѣ» [3]).

---

schaftstheorie bildet die von ihr dem Phantom der persona ficta entgegensetzte Auffassung der Körperschaft als realer Gesamtperson».

[1]) Das deutsche Genossenschaftsrecht, B. III, S. 624.

[2]) Ib., B. I, S. 831.

[3]) «Damit ist nicht gesagt, dass jener altgermanischer Zustand so zurückwerden werde, in welchem der Staat vom Recht absorbirt wurde, nur um des Rechtes willen da war, mithin unter dem Rechte stand; aber ebenso wenig dass der Staat über dem Recht stehe, dass er seinerseits das Recht absorbire. Vielmehr soll der Staat im Rechte sein, indem seine Organisation selbst Recht ist».

Такимъ образомъ новое германское государство не можетъ быть воспроизведеніемъ стараго образца. Требуемое правовое ограниченіе, выражающееся въ признаніи правъ не только единоличныхъ, но и союзныхъ, не только частныхъ, но и публичныхъ,— есть самоограниченіе, и оно вытекаетъ изъ накопленныхъ въ исторіи нѣмецкаго народа умственныхъ навыковъ, моральныхъ чувствъ и стремленій — изо всего его юридическаго и политическаго опыта. Конечно, націонализмъ Гирке все таки покоится на этомъ шаткомъ сопоставленіи римскаго и германскаго, при чемъ различія возводятся почти въ прямыя противоположности; но глубокое историческое чутье подсказало ему, изъ какихъ разнообразныхъ стихій слагается государственный и общественный бытъ нѣмецкаго народа, какъ много было здѣсь задерживающаго и разрушающаго,— хотя въ общемъ исторія этого быта рисуется въ положительномъ свѣтѣ. Нѣтъ у Гирке и того аггресивнаго тона, который присущъ Гнейсту. Если нѣмецкій народъ особенно подготовленъ къ воспріятію началъ правового государства, то они не закрыты и для другихъ націй, которыя также пережили узкія рамки римско-правового, воспитаннаго на цивилистикѣ мышленія,—рамки, которыя оказываются совершенно не въ состояніи охватить богатство современныхъ публично-правовыхъ организацій и отношеній.

Изъ государствовѣдовъ, которые въ общемъ примыкали и примыкаютъ въ Германіи къ воззрѣніямъ Гирке, самымъ интереснымъ является Прейсъ [1]). Въ отрицаніи исключительнаго характера, выдѣляющаго государство изо всѣхъ прочихъ союзовъ, онъ идетъ дальше Гирке, такъ какъ для современнаго конституціоннаго государства онъ отвергаетъ примѣнимость самаго понятія суверенитета [2]). Это понятіе совершенно отвѣчало абсолютному государству, но оно такъ же не под-

---

[1]) См. особенно его статью: Die Lehre Gierkes und das Problem der preussischen Verwaltungsreform въ Festgabe der Berliner juristischer Fakultät für Otto Gierke, B. I, S. 248: «es ist ein Kosmos der juristischen sozialen Welt, eine nach ihrer Wesenheit gegliederte Ordnung im Aufbau der menschlichen Verbände, die uns Gierkes Lehre in vollendeter Gestalt vor Augen führt»—u. S. 304.

[2]) Preuss, Gemeinde, Staat, Reich und Gebietskörperschaften, S. 100.

ходитъ къ современному, какъ, напримѣръ, принципъ феодальной вѣрности не подходилъ къ абсолютизму. Послѣднiй характеризуется централизацiей правительства и распыленiемъ народа—признаки, которые явственно носятъ на себѣ отпечатокъ воздѣйствiя римскаго права [1]). Въ абсолютномъ государствѣ не признавалось ни международнаго, ни соцiальнаго права; можно сказать, тамъ не существовало вообще публичнаго права, ибо если право вообще ограничиваетъ волевую способность личностей, то понятiе публичнаго права предполагаетъ уже признанiе, что и государство представляетъ изъ себя только одну изъ личностей, хотя высшую. Въ этомъ лежитъ прямое противорѣчiе съ идеей суверенитета государства [2]): суверенитетъ означаетъ отрицанiе въ государствѣ другого права, кромѣ частнаго. Сообразно съ этимъ у Прейса въ чрезвычайной степени смягчается контрастъ между государствомъ и всякими надѣленными самоуправленiемъ территорiальными единицами: различiе сводится къ наличности или отсутствiю правомочiя измѣнять границы собственной территорiи (Gebietshoheit),—ибо понятiе властвованiя (Herrschen) вовсе не составляетъ исключительной принадлежности государства.

Если абсолютное государство связано съ римско-правовыми представленiями и идеями, а самое слово суверенитетъ—римскаго происхожденя,то понятiе новаго правового государства вытекаетъ изъ германскаго права: оно истолковывается Прейсомъ въ духѣ корпоративной теорiи Гирке. Основа понятiя есть признанiе государства личностью и притомъ «совокупной личностью» (Gesammtpersönlichkeit). «Природа правового государства состоитъ не въ томъ, что государство есть созданiе права, или что оно не имѣетъ другихъ задачъ, кромѣ осуществленiя права, а въ томъ, что связь, объединяющая въ органическое единство всѣ его части—единичныя и совокупныя,—есть связь правовая». «Ученiе о государствѣ, которое это признаетъ, есть ученiе о правовомъ государствѣ; государство, которое этому признанiю даетъ положительное, ощутимое и распознаваемое выраженiе, есть государство пра-

---

[1]) Ib., S. 110: der souveräne Staat und die römische absolute Person sind korrelate Begriffe.

[2]) Ib., S. 114.

вовое» [1]). Прейсъ не совсѣмъ согласенъ съ общераспространеннымъ взглядомъ, отождествляющимъ правовое государство съ конституціоннымъ строемъ—послѣдній есть лишь его naturale; essentiale—признаніе за государствомъ качества совокупнаго лица, носителя государственныхъ правъ (Auffassung des Staates als organische Gesammtperson und Träger der staatlichen Rechte); его основной принципъ—самоуправленіе. «Въ правовомъ государствѣ качество самоуправляющейся корпораціи обще государству со всѣми совокупными лицами» [2]).

Положенія Прейса не отличаются полной отчетливостью, которой мы не найдемъ и у Гирке. Но общее направленіе его мысли достаточно ясно: правовое государство связывается съ самоуправленіемъ, которое охватываетъ и провинціальную автономію и государство съ ограниченными правами, входящее въ составъ союзнаго единства. Правовое государство есть такое, которое не претендуетъ быть исключительнымъ лицомъ публичнаго права, а признаетъ подобное же качество за другими территоріальными и внѣтерриторіальными союзами. Такимъ образомъ здѣсь субъективныя публичныя права должны принадлежать не только отдѣльнымъ гражданамъ. Связано ли это съ какими-либо опредѣленными чертами государственнаго устройства? Можно себѣ представить государство конституціонное и въ то же время совершенно централизованное и не признающее свободы союзовъ. Такимъ государствомъ долго была Франція,—въ глазахъ Прейса она въ этотъ періодъ не могла бы подойти подъ понятіе государства правового. Съ другой стороны лишь въ конституціонномъ государствѣ возможно обезпеченіе правъ другихъ, кромѣ государства, юридическихъ лицъ: лишь конституціонному государству не присущъ суверенитетъ въ томъ смыслѣ, какъ употребляетъ это слово Прейсъ. Насколько далеко должно идти подобное обезпеченіе, онъ не указываетъ. Прейсъ противополагаетъ твердость и неподвижность правовыхъ

---

[1]) Ib., S. 117. Эти положенія далѣе обосновываются у Гуго Прейса въ его интересной статьѣ: Selbstverwaltung, Gemeinde, Staat, Souverenität, помѣщенной въ Staatsrechtliche Abhandlungen, Festgabe für Laband, B. II, S. 197. О критеріи различенія государства и не государственнаго территоріальнаго союза S. 232. Статья во многомъ отражаетъ вліяніе Краббе.

[2]) Ib., S. 224.

категорій текучей политической дѣйствительности съ ея разнообразіемъ постепенностей и оттѣнковъ [1]). Но такой твердой и неподвижной грани для правового государства онъ не находитъ; осуществленіе можетъ быть болѣе или менѣе полнымъ. Прейсъ много дальше здѣсь отъ конкретныхъ опредѣленій правового государства, чѣмъ были Л. Штейнъ и Гнейстъ.

Поучительно, какъ то же самое явленіе сказывается и въ области административнаго права. Примѣромъ здѣсь можетъ служить опять Отто Майеръ. Мы уже указывали, что въ его глазахъ идея правового государства совершенно лишена національной окраски: здѣсь не только нѣтъ противоположности между Франціей и Германіей, но послѣдняя, какъ оказывается, во многомъ обязана первой. Взглядъ, конечно, вполнѣ понятный именно у современнаго административиста [2]). Эта идея сдѣлалась руководящей мыслью для науки, политики, законодательства: можно сказать она относится скорѣе къ области de lege ferenda, чѣмъ de lege lata [3]). Конечно, правовое государство стоитъ въ связи съ конституціоннымъ строемъ, но нельзя ставить знакъ равенства между государствомъ конституціоннымъ и правовымъ; послѣднее не только должно имѣть обликъ законченнаго конституціонализма (ein vollendeter Verfassungsstaat), но обладать управленіемъ, связаннымъ правовыми нормами; такая связанность санкціонируется административной юстиціей [4]). Здѣсь административный актъ пріобрѣтаетъ нѣкоторую аналогію съ судебнымъ пригово-

---

[1]) Ib., S. 117.

[2]) Отто Майеру принадлежитъ лучшая, вѣроятно, монографія въ нѣмецкой литературѣ о французскомъ административномъ правѣ: Theorie des französischen Verwaltungsrechts (1886). Ср. его предисловіе къ французскому переводу, имъ изданному: «je reconnais que pour édifier mon système j'ai passé par l'école des jurisconsultes français; j'ai beaucoup appris à l'étude de leur doctrine du droit administratif. Mais c'est bien à tort, que l'on m'a reproché de vouloir introduire des manières de voir françaises et étrangères an génie du droit allemand». Le droit administratif allemand, p. XV.

[3]) Deutsches Verwaltungsrecht, B. I, S. 61: «das Wort... soll etwas bezeichnen was noch nicht ist, jedenfalls noch nicht fertig ist, was noch werden soll».

[4]) Въ своей ректорской рѣчи Justiz und Verwaltung О. Майеръ указываетъ, насколько и въ современномъ государствѣ сохраняются пережитки воззрѣній, свойственныхъ государству полицейскому—будто въ управленіи все дѣло въ цѣлесообразности, а не въ правѣ.

ромъ. Конечно, это сходство никогда не можетъ превратиться въ тождество. Правосудіе само по своей природѣ уже связано закономъ; управленіе должно стать таковымъ—это постулатъ: онъ требуетъ, чтобы «государство какъ можно болѣе пользовалось закономъ для созданія правовыхъ положеній, регулирующихъ управленіе, и возможно больше пользовалось административными актами для разрѣшенія отдѣльныхъ случаевъ въ соотвѣтствіи съ его правовой связанностью» (in rechtlich gebundener Weise») [1]. Здѣсь предполагается верховенство закона и опредѣляющее его значеніе для управленія—къ чему въ глазахъ О. Майера вообще сводится правовая связанность государства. Но выставленное имъ требованіе, даже по тому какъ оно выражено, предполагаетъ возможность широкихъ колебаній въ осуществленіи [2]).

Въ этомъ смыслѣ черезвычайно интересна и вышедшая въ 1910 г. статья Тома́, которая какъ бы подводитъ итоги развитію теоріи правового государства въ административномъ правѣ [3]). Главное представленіе, которое соединяется съ этимъ словомъ,— представленіе о закономѣрности въ различныхъ отрасляхъ управленія: военной, финансовой, полицейской, въ дѣлахъ отчужденія, въ надзорѣ за органами самоуправленія, союзами—свѣтскими и церковными, въ дисциплинарной власти надъ должностными лицами и т. д. Всюду здѣсь въ выраженіи правовое государство разумѣется лишь форма осуществленія государственныхъ цѣлей, а не ихъ опредѣленное содержаніе. Между тѣмъ подходить къ опредѣленію правового государства можно съ четырехъ сторонъ: со стороны общей конституціонной доктрины, органи-

---

[1]) Deutsches Verwaltungsrecht, B. I, S. 66.

[2]) Ib., S. 66: «der Staat... ist als Rechtsstaat volkommener oder unvollkommener nach dem Masse, in welchem er zu diesen Formen Gebrauch macht und ihre Wirksamkeit sichert».—Изложеніе этого вопроса у О. Майера болѣе ясно и удачно во французскомъ изданіи: Le droit administratif allemand, v. I, p. 64—82: постепенность въ осуществленіи принципа правового государства выступаетъ здѣсь еще явственнѣе. Такъ, послѣ словъ о необходимости возможно болѣе пользоваться въ вышеуказанномъ смыслѣ законами и административными актами прибавлено: «il s'agit donc à cet égard plutôt d'une recommendation, que d'une règle stricte».

[3]) Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrecht, въ Jahrbuch des öffentlichen Rechtes, B. IV, (1910) S. 196.

заціи контроля общихъ судовъ за управленіемъ, порученія такового контроля особымъ административнымъ судамъ и, наконецъ, со стороны усовершенствованія матеріальнаго административнаго права (der Weg der Vervollkommung des materiellen Verwaltungsrechts). Послѣдній путь, очевидно, наиболѣе трудный, какъ труденъ всегда переходъ отъ «формальнаго» къ «матеріальному», но въ глазахъ Тома онъ самый важный[1]). Требованіе правового государства есть требованіе лучшаго (въ самомъ широкомъ смыслѣ слова) административнаго законодательства. Далѣе авторъ указываетъ на пять основъ правового государства: а) верховенство закона; б) связанность управленія закономъ—но лишь такимъ закономъ, который оставляетъ надлежащій просторъ свободной инициативѣ; в) судебная отвѣтственность государства и его чиновниковъ за такія нарушенія граней, проведенныхъ закономъ, которыя могутъ быть поставлены имъ въ вину (schuldhaft); г) обезпеченіе противъ неправильнаго и партійнаго примѣненія законовъ посредствомъ административныхъ судовъ и независимости должностныхъ лицъ; д) созданіе развитого во всѣхъ деталяхъ публичнаго права путемъ законодательства, все болѣе и болѣе юридически обоснованнаго,—законодательства, которое до сихъ поръ создавалось подъ слишкомъ исключительнымъ господствомъ политическихъ или административно-техническихъ интересовъ.

Мы видимъ, какъ много въ этой характеристикѣ чертъ, совершенно не поддающихся опредѣленному юридическому выраженію. Требуется связанность управленія не закономъ вообще, и даже не только закономъ, созданнымъ путемъ извѣстной процедуры, какъ она установлена въ конституціонномъ государствѣ,—но закономъ опредѣленнаго, такъ сказать, направленія. Нужно признаніе въ извѣстной сферѣ самодѣятельности гражданъ. Нужно, наконецъ, проникновеніе всего законодательства уваженіемъ къ праву, какъ къ самостоятельной цѣнности, которая не заслоняется ни политическими соображеніями, ни практическими удобствами. Можно сказать, что конституціонный строй съ точки зрѣнія Тома́ является предпосылкой правового государства, но послѣднее понятіе явственно переносится у него

[1]) Ib., S. 212.

совсѣмъ въ другую плоскость. Отсюда встаетъ новая проблема: какъ устранить возможный и въ извѣстныхъ предѣлахъ неизбѣжный конфликтъ между закономъ и справедливостью [1])? Нечего говорить, что при подобномъ пониманіи осуществленіе правового государства допускаетъ цѣлый рядъ постепенностей, какъ допускаетъ ихъ достоинство законодательства [2]).

Такая склонность разсматривать правовое государство, какъ нѣкоторый общій принципъ, не покрывающійся опредѣленнымъ государственнымъ устройствомъ, напримѣръ, конституціоннымъ, а лишь предполагающій это послѣднее,—подобная склонность сказывается и у тѣхъ новѣйшихъ изслѣдователей, которые охотно подчеркиваютъ не только равновѣсіе права и государства, но и верховенство права надъ государствомъ. Здѣсь обращаетъ на себя вниманіе прежде всего книга Краббе о суверенитетѣ права [3]). Хотя авторъ—голландскій профессоръ, книга его написана по нѣмецки, что весьма обычно среди представителей университетскаго міра въ Голландіи, и обнаруживаетъ не только полное знакомство съ нѣмецкой государственно-правовой литературой, но занимаетъ вполнѣ опредѣленное мѣсто по отношенію къ главнымъ проблемамъ, поставленнымъ именно въ этой литературѣ [4]). Краббе исходитъ изъ противоположенія двухъ суверенитетовъ—государственной власти и права. Въ первомъ случаѣ носителемъ власти признается всегда личная воля отдѣльнаго человѣка или группы лицъ, во второмъ—безлич-

---

[1]) Ср. Oppenheim, Gerechtigkeit und Gesetz, S. 124.

[2]) Въ институціяхъ Флейнера (Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts), какъ намъ кажется, юридически лучшей современной обработкѣ административнаго права въ Германіи, авторъ особо не останавливается на проблемѣ правоваго государства и относится даже нѣсколько иронически къ идеалу «Justizstaat», слѣдуя въ этомъ смыслѣ Гнейсту (S. 231, 233); полицейскому же государству онъ противополагаетъ не правовое, а конституціонное—ib., S. 38.

[3]) Die Lehre der Rechtssouveränität.

[4]) Книга Краббе была встрѣчена въ нѣмецкой юридической литературѣ сравнительно холодно: это не можетъ насъ удивить при различіи въ основныхъ точкахъ зрѣнія и при нѣкоторой антипатіи Краббе къ нѣмецкому конституціонализму. Весьма сочувственную рецензію, впрочемъ, далъ Прейсъ въ Archiv für das öffentliche Recht, B. 23; въ особенности онъ привѣтствовалъ у Краббе критику понятія государственнаго суверенитета.

ное общее правило, правовая норма. Въ первомъ случаѣ признается, что право получаетъ свою силу отъ государства, во второмъ— самая государственная власть имѣетъ полномочія лишь въ предѣлахъ общихъ нормъ, устанавливающихъ ея дѣятельность. Въ этомъ смыслѣ государство не отличается отъ другихъ юридическихъ лицъ: оно не отдѣлимо отъ своихъ цѣлей—оно существуетъ, какъ лицо, лишь поскольку оно осуществляетъ эти цѣли [1]).

Краббе поясняетъ выставленную имъ противоположность двухъ суверенитетовъ различіями въ исторіи Англіи и Германіи. Безъ сомнѣнія, господство права выражено сильнѣе въ государственномъ строѣ Англіи; но можно ли здѣсь говорить о противоположности? Противоположность (и то выражаясь схоластическими терминами—не simpliciter, а secundum quid) существуетъ между двумя воззрѣніями, двумя доктринами, разобранными у Краббе, а не между двумя объективными правопорядками. При томъ въ англійской юриспруденціи, по признанію самого Краббе, долгое время господствовало ученіе о государственномъ суверенитетѣ: въ такомъ смыслѣ истолковалъ англійскую конституцію Остинъ и его послѣдователи реальный характеръ этой конституціи отъ этого не измѣнялся. И для Краббе, понятно, предпосылкой правового государства является наличность конституціоннаго строя, но въ предѣлахъ этого строя принципъ правового государства пріобрѣтаетъ субъективную окраску: онъ выражается въ томъ, какъ мыслится или переживается данный государственный порядокъ и представителями власти, и членами государственнаго союза вообще. Конечно, это связано съ общимъ характеромъ государственнаго устройства, и, можно думать, для Краббе, напримѣръ, нидерландская конституція имѣетъ въ этомъ смыслѣ существенныя правовыя преимущества передъ прусской; но связь эта все таки въ достаточной мѣрѣ свободная. Одни и тѣ же институты могутъ представляться и выраженіемъ идеи государственнаго суверенитета и суверенитета правового. Одинъ и тотъ же параграфъ конституціи, опредѣляющій полномочія монарха, можетъ быть истолкованъ и въ терминахъ такъ называемаго монархическаго принципа и въ терминахъ ученія о

---

[1]) Die Lehre der Rechtssouveränität, S. 195 etc., S. 245.

верховенствѣ закона. Овеществляя такъ сказать двѣ политическія психологіи, Краббе приходитъ къ созданію двухъ исключающихъ другъ друга правопорядковъ: но въ дѣйствительности оба эти порядка суть лишь извѣстныя тенденціи, которыя въ различной политической средѣ способны образовывать и различныя равнодѣйствующія. Отсюда явствуетъ, что въ осуществленіи правового суверенитета возможенъ цѣлый рядъ степеней.

Такимъ образомъ,въ основѣ для Краббе правовое государство есть въ большей степени навыкъ и способъ воспринимать государственное устройство и его отношеніе къ общественной средѣ, чѣмъ объективно распознаваемая форма государства. Онъ самъ указываетъ, что нѣтъ даже полнаго противорѣчія между ученіемъ о правовомъ суверенитетѣ и признаніемъ, что источникъ власти Богъ или народъ—все зависитъ, въ какомъ смыслѣ понимать подобное признаніе [1]). И поскольку Краббе отмѣчаетъ уклоны и повороты въ движеніи юридической и политической мысли, его работа заключаетъ тонкіе и цѣнные выводы. Но, конечно, между развитіемъ доктрины и развитіемъ положительнаго права вовсе не существуетъ такого необходимаго параллелизма, который можно было бы вывести изъ нѣсколько схематически выраженныхъ тезисовъ Краббе [2]).

Другимъ интереснымъ представителемъ этого теченія является Кельсенъ. Онъ, впрочемъ, не противополагаетъ, подобно Краббе, двухъ суверенитетовъ. Государство столь же мало мыслимо безъ права, какъ право безъ государства; даже въ историческихъ изысканіяхъ начатки права и государственной организаціи не могутъ быть другъ отъ друга отдѣлены. Право и государство должны разсматриваться какъ двѣ стороны единой реальности [3]). Однако въ глазахъ юриста права и обязанности государства ничѣмъ не отличаются отъ правъ и обязанностей другихъ лицъ,— и тѣ и другія опредѣляются закономъ. Вообще осуществленіе правопорядка есть единственная функція государства. Поэтому Кельсенъ рѣшительно отвергаетъ и теорію правового самогра-

---

[1]) Ib., S. 191.

[2]) Нельзя отрицать, что во взглядѣ на государство у Краббе есть извѣстные отголоски ученій старой естественно-правовой школы.

[3]) Hauptprobleme der Staatswissenschaftslehre, S. 406: «zwei verschiedene Seiten derselben Tatsache».

ниченія, какъ она выражена у Іеллинека: въ глазахъ юриста власть не можетъ ограничивать себя правомъ, ибо она сама есть право.

Особенностью Кельсена является крайній формализмъ, при которомъ область юридическихъ нормъ совершенно оторвана отъ области всякой соціальной дѣйствительности. Въ угоду этому формализму авторъ даже не признаетъ за учрежденіями законодательными характера государственныхъ органовъ, какъ и самое законодательство въ его глазахъ есть функція не государственная, а соціальная, осуществляемая за предѣлами государства [1]). Но въ то же время Кельсенъ отдаетъ себѣ полный отчетъ во всей условности такого юридическаго пониманія государства. Не будетъ ли въ предѣлахъ его всякое государство правовымъ? «Было бы совершенно ошибочно думать, что только въ идеальномъ государствѣ осуществляется безъ ограниченій принципъ: государство не можетъ поступать неправо (der Grundsatz, dass der Staat nicht unrecht tun könne), а въ практикѣ нѣкоторыхъ государствъ этотъ принципъ допускаетъ исключенія. Не практика, а теорія государства должна соотвѣтствовать правилу англійскаго государственнаго права: the king can do no wrong». Это правило надо понимать не въ томъ смыслѣ, что законодательство и управленіе должны стараться избѣгать нарушеній права государственной властью (statliches Unrecht zu vermeiden), а въ томъ, что «юриспруденція ни въ какомъ актѣ не можетъ усмотрѣть неправомѣрности со стороны государства» (ein Unrecht des Staates),—это было бы «при всѣхъ обстоятельствахъ внутреннее противорѣчіе» [2]).

Здѣсь лежитъ основное отличіе государства отъ всѣхъ другихъ лицъ [3]). Юристъ принимаетъ законъ—единственное подлинное выраженіе государственной власти—за данное; для юриста государственный актъ можетъ существовать лишь въ предѣлахъ закона. Но признаніе государства правовымъ есть нѣчто большее и при томъ выходящее за предѣлы юридическаго формализма. Сущность этого государства Кельсенъ въ полномъ согласіи съ Ла-

---

[1]) Ib., S. 410 u. s. w.
[2]) Ib., S. 249.
[3]) Ib., S. 446.

бандомъ усматриваетъ въ томъ, что никакія правовыя обязанности субъекта не могутъ быть обоснованы помимо правового положенія (Rechtssatz), но онъ распространяетъ это правило и на самое государство, какъ субъекта. Другими словами, власть въ правовомъ государствѣ не можетъ выходить за предѣлы этихъ правовыхъ положеній[1]). Управленіе extra legem также можетъ быть допустимо лишь на основаніи правового положенія—закона, который въ этомъ случаѣ совершаетъ какъ бы нѣкоторый актъ самоотрицанія. Такимъ образомъ, правовое государство выражается въ законодательствѣ, которое охватываетъ всю совокупность правовыхъ обязанностей (непосредственно или посредственно—черезъ предоставленіе полномочій правительству), а съ другой стороны идеальная юридическая конституція здѣсь становится реальностью: власть дѣйствительно покрывается правовыми нормами. Это возможно лишь въ конституціонномъ государствѣ,—и Кельсенъ иногда употребляетъ такое обозначеніе, какъ однозначущее съ государствомъ правовымъ. Послѣднее однако имѣетъ свое особое содержаніе и притомъ метаюридическое,—ибо въ предѣлахъ чисто юридическихъ для Кельсена государство всегда дѣйствуетъ правомѣрно: выходя за предѣлы законныхъ полномочій, его власть перестаетъ быть властью. Правовое государство строится именно на самоограниченіи, которое въ порядкѣ юридическомъ такъ отвергаетъ Кельсенъ; оно воздерживается отъ актовъ, которые формально-юридически не могли бы быть вмѣняемы ему, какъ неправомѣрные. Если мы подходимъ къ государству, какъ явленію окружающей насъ дѣйствительности, мы не можемъ отрицать и реальности государственной власти, даже придерживаясь кельсеновскаго дуализма. [2]). Въ организаціи власти заложены возможности и права и произвола.

Такимъ образомъ, въ этой довольно сложной исторіи того, какъ ставился вопросъ о правовомъ государствѣ въ нѣмецкой литературѣ, можно уловить явственную логическую послѣдовательность, связанную съ послѣдовательностью политическихъ

---

[1]) Ib., S. 438 u. s. w. Отражая здѣсь упреки въ цивилистическомъ пониманіи государства, Кельсенъ въ то же время утверждаетъ: для него «alles Recht ist Staatsrecht».

[2]) Ib., S. 396.

эпохъ. Въ первой половинѣ XIX вѣка правовое государство обычно разсматривается сквозь призму старыхъ естественно-правовыхъ доктринъ, разлагающихъ происхожденіе и развитіе государства на рядъ чисто юридическихъ актовъ и ограничивающихъ цѣли его дѣятельности осуществленіемъ права. Это «разумное» государственное право въ переводѣ на политическій языкъ эпохи обращается въ программу конституціоннаго строя, примѣры котораго, естественно, даютъ страны, раньше Германіи выступившія на путь политической свободы.

На смѣну имъ приходятъ представители государствовѣдѣнія, воспринявшіе уроки исторической школы въ правѣ, и философской критики, чуждые естественно-правовому субъективизму. Рядомъ съ этимъ отвлеченный конституціонализмъ школы Роттека и Велькера, послѣднимъ выраженіемъ котораго былъ франкфуртскій парламентъ, уступаетъ мѣсто конституціонализму, болѣе соотвѣтствующему реальнымъ силамъ нѣмецкой общественности. Являются попытки исторически и юридически оправдать этотъ конституціонализмъ и найти корни правового государства въ исторіи нѣмецкаго народа, въ тѣхъ качествахъ его государственной и правовой мысли, которыя его отличаютъ особенно отъ народовъ романскихъ. Въ то-же время правовое государство получаетъ конкретныя черты, при чемъ обычно выдвигается идея административной юстиціи, какъ обезпеченіе законности управленія.

Объединеніе Германіи дало новый толчокъ нѣмецкой государственной наукѣ; необходимость юридически истолковать строй имперіи заставила пересмотрѣть всѣ основные вопросы; затронута была и проблема правового государства, вошедшая въ научный и популярный обиходъ послѣ работъ Моля и Бэра, Штейна и Гнейста. Эта проблема уже не связывается такъ прочно съ опредѣленной судебно-административной реформой [1]). Кон-

---

[1]) Хотя самая наличность правильной административной юстиціи по прежнему выдвигается въ качествѣ существеннаго элемента правового государства. Нерѣдко также подчеркивается ея несовмѣстимость и съ неограниченной монархіей и съ парламентаризмомъ, къ которому въ общемъ столь неблагосклонно относится нѣмецкая государственная наука. См. Kloeppel, Gesetz und Obrigkeit, S. 127; Lemayr, Der Begriff des Rechtsschutzes im öffentlichen Rechte въ (Grünhut's) Zeitschrift für das private und

ституціонное устройство представляется необходимымъ условіемъ осуществленія правового государства, но послѣднее есть нѣчто большее [1]). Оно характеризуется съ одной стороны верховенствомъ закона, съ другой—обезпеченіемъ права членовъ государственнаго союза, каковое обезпеченіе зависитъ не только отъ формальныхъ отношеній между администраціей и законодательствомъ, но и отъ матеріальныхъ качествъ этого послѣдняго. Самое верховенство закона не понимается уже въ смыслѣ абсолютнаго ригоризма: мы видимъ въ новѣйшей нѣмецкой литературѣ такія характерныя явленія, какъ защиту свободы судейскаго усмотрѣнія: «freie Rechtsfindung». Но эта «свобода», конечно, не есть произволъ, а подчиненіе правовымъ началамъ, еще не закрѣпленнымъ въ законѣ. Сущность правового государства остается выраженной въ принципѣ правовой связанности, которая отличаетъ данную государственную власть, — и этотъ принципъ можетъ осуществляться больше или меньше, съ черезвычайнымъ количественнымъ разнообразіемъ.

Французская государственно-правовая литература развивалась въ совершенно иной обстановкѣ, политической и идейной: для правового государства здѣсь нѣтъ даже соотвѣтствующаго слова [2]), и обозначаемое понятіе не подверглось такому спеціальному анализу, какъ это мы видѣли въ литературѣ нѣмецкой.

öffentliche Recht der Gegenwart, B. 29. S. 173: «in dieser Institution der Verwaltungsgerichtbarkeit geht die Staatsauffassung des Rechtsstaates allerdings nicht auf, indem sie vielleicht die Gestalt der Staatseinrichtung auch mehr in anderen Richtungen bestimmt und Organisation hiefür fordert, allein diese Institution ist ihr wichtigstes Corollar, der unmittelbare Ausdruck ihres Grundgedankens und zugleich die unerlässliche Voraussetzung ihrer Verwirklichung».

[1]) Поэтому нельзя безъ оговорки принять утвержденія В. М. Гессена, что «отождествленіе понятій правового и конституціоннаго государства является общимъ мѣстомъ современной германской доктрины государственнаго права».—Теорія правового государства въ сборникѣ: Политическій строй современныхъ государствъ, т. I, с. 135.

[2]) Всего точнѣе нѣмецкое Rechtsstaat переводится выраженіемъ: l'état sous le régime du droit. Выраженіе l'état de droit звучитъ германизмомъ.

Но это не значитъ, конечно, чтобы самая проблема была чужда французскому праву.

Классическая во Франціи доктрина возводила правовой характеръ государства къ народному суверенитету. Лишь власть, вытекающая изъ народной воли, лишь законъ, являющійся выраженіемъ этой воли, удовлетворяетъ требованіямъ правомѣрности: внѣ ихъ можетъ быть только узурпація. Сторонники этой доктрины могли видѣть въ себѣ послѣдователей Руссо, для котораго только подчиненіе общей волѣ разрѣшаетъ противорѣчіе между прирожденной свободой человѣка и окружающимъ его со всѣхъ сторонъ принужденіемъ. Конечно, Руссо здѣсь брали въ его исходныхъ принципахъ, а не въ конкретныхъ выводахъ, часто столь удаленныхъ отъ этихъ принциповъ; брали, какъ глашатая общественнаго договора, а не какъ учителя въ дѣлѣ политическихъ компромиссовъ съ исторіей и современностью,— каковымъ онъ является въ своихъ экспертизахъ (по поводу Корсики, Польши). Эта доктрина соотвѣтствовала и декларацiи правъ человѣка и гражданина, и революціоннымъ конституціямъ, прежде всего конституціи 1791 г., какъ бы практически послѣдняя ни отступала отъ идей Руссо (отрицаніе обязательнаго мандата, отчужденіе законодательной власти въ пользу представительства и т.п.). Попытка противопоставить суверенитету народа суверенитетъ разума и его предполагаемыхъ практическихъ выразителей— среднихъ классовъ, построенія въ духѣ Ройе-Коллара и Гизо не имѣли будущаго, какъ во Франціи не удержалась и цензовая монархія, господство pays légal. Всеобщее избирательное право, окончательно установленное въ 1848 г., право, которое въ настоящее время признается въ своемъ принципѣ не подлежащимъ обсужденію и пересмотру [1]), само разсматривалось какъ практическое осуществленіе народнаго суверенитета.

Конечно, возможность крайняго деспотизма, присущая этому ученію о народномъ суверенитетѣ, не осталась скрытой: якобинскій режимъ далъ въ этомъ смыслѣ разъ на всегда предостерегающій примѣръ. Народный суверенитетъ долженъ имѣть свои грани-

---

[1]) Даже наиболѣе энергичные противники дѣйствующаго избирательнаго права открещиваются отъ обвиненія, будто они посягаютъ на всеобщее избирательное право; ихъ цѣль лишь его «организовать».

цы въ личныхъ правахъ, признаніе и защита которыхъ по Б. Констану составляетъ содержаніе свободы въ новомъ государствѣ [1]. Но такое его ограниченіе не разсматривалось какъ отрицаніе. Въ этомъ принципѣ видѣла свою санкцію вторая республика, имъ оправдывала декабрьскій переворотъ вторая имперія, его полностью, хотя и молчаливо, признала третья республика, предоставивъ доказывать теоретикамъ французскаго государственнаго права, что конституція 1875 г., при всемъ своемъ компромиссномъ характерѣ, ему не противорѣчитъ.

Наиболѣе яркій представитель этой классической традиціи въ новѣйшей литературѣ былъ безспорно Эсменъ [2]. Если отказаться отъ якобинскихъ преувеличеній, отъ злоупотребленія принципомъ, который такимъ путемъ обращается въ свою противоположность, если сочетать Contrat social и декларацію правъ [3], то принципъ народнаго суверенитета остается единственнымъ основаніемъ правомѣрной власти въ государствѣ. Онъ лишь выражаетъ, что она должна утверждаться на общественномъ мнѣніи—а если отбросить это основаніе, что остается, кромѣ чистой силы?[4]. Такимъ образомъ, народный суверенитетъ есть предпосылка господства права, предпосылка, вполнѣ признанная французскимъ государственнымъ строемъ; этотъ принципъ является мѣриломъ для отдѣльныхъ учрежденій и ихъ функцій. Эсменъ чувствуетъ необходимость доказывать, что ему не противорѣчитъ наличность сената, но съ нимъ шло бы въ разрѣзъ введеніе пропорціональнаго представительства [5] и пред-

---

[1] Cours de politique constitutionelle (ed. Pagès, 1836), v. I, p. 161 (Développement, ch. I).

[2] Elements de droit constitutionnel 1906 (4 ed.).

[3] P. 202, 440. Быть можетъ безсознательное стремленіе ихъ сочетать обнаружилось и въ извѣстной полемикѣ противъ книги Іеллинека: Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte—въ полемикѣ, гдѣ Бутми пытался доказать самобытное происхожденіе французской деклараціи и вывести ее изъ Руссо—Annales des sciences politiques, v. XVII, 1902, p. 415. Ср. также Marcaggi, Les origines da la déclaration des droits de l'homme: «c'est á Eco!e physiocratique que revient principalement l'honneur d'avoir inspiré la Constituante», p. 7.

[4] P. 211.

[5] P. 242.

ставительства интересовъ [1]), а также политическая отвѣтственность министровъ передъ сенатомъ, обязанность ихъ покидать власть при конфликтѣ съ нимъ [2]).

Несомнѣнно, ясность Эсмена пріобрѣтается цѣной такого упрощенія проблемъ, которое даже странно встрѣтить въ современной научной литературѣ [3]). Но если подобное упрощенное пониманіе народнаго суверенитета уже не выдерживаетъ тяжести возраженій и остается какимъ-то беззащитнымъ, то нѣтъ недостатка въ его истолкованіяхъ, гораздо болѣе способныхъ противостоять углубленной философской и юридической критикѣ. Чрезвычайно, напримѣръ, характерно то истолкованіе, которое мы находимъ у Оріу—одного изъ самыхъ крупныхъ и интересныхъ представителей современной не только французской, но и европейской юридической мысли. Правда, у него съ болѣе сложнымъ рисункомъ соединяются сильно поблекшія краски [4]). Всеобщая воля оказывается лишь единогласіемъ націи относительно идей и чувствъ безспорныхъ и потому уже весьма элементарныхъ [5]). Она не можетъ быть какъ либо организована и не способна ничего сама создать—она лишь принимаетъ то, что приходитъ къ ней извнѣ (pouvoir d'adhésion). Но эта общая воля совершенно отлична отъ воли избирателей, съ которой склонна была отождествлять первую классическая теорія представительства, соотвѣтствующаго народному суверенитету. Избиратели—это особая власть въ государствѣ, подобно парламенту и правительству. Со своей стороны и народный представитель

---

[1]) P. 228.

[2]) P. 688.

[3]) Въ рецензіи на книгу Дюги Оріу защищаетъ «le droit d'aborder les grands problèmes dans un esprit de complexité» и отвергаетъ «le préstige des constructions simplicistes». Revue du droit public et de la science politique, v. 17, p. 346. Эта защита и это опроверженіе съ большимъ основаніемъ могли быть обращены противъ Эсмена. Его «симплицизмъ» повидимому пережитъ французской юридической мыслью, и его смерть является какъ бы концомъ цѣлаго теченія. Ср. блестящій этюдъ Е.В.Спекторскаго, Эсменъ какъ государствовѣдъ, Юридическій вѣстникъ № 3, с. 160. Все это, конечно, не умаляетъ выдающихся заслугъ Эсмена въ области исторіи права.

[4]) La souveraineté nationale (1912). Ср. его Précis de droit public, p. 417 etc.

[5]) La souveraineté nationale, p. 33: «le bloc des idées incontestables».

не есть делегатъ ни общей воли, ни даже воли избирателя: его положенiе Орiу характеризуетъ, какъ инвеституру [1]). Представители самостоятельно ведутъ дѣла, и ихъ дѣятельность должна лишь получить одобренiе со стороны общей воли (la gestion d'affaires spontanée des representants et la ratification par la volonté générale)—при чемъ это одобренiе можетъ быть даже молчаливымъ или подразумѣваемымъ (implicite). Такимъ образомъ народу принадлежитъ не власть, а провѣрка, могущая при этомъ имѣть весьма неотчетливую форму. Власти же—и избирательная, и законодательная, и правительственная—оказываются съ другой стороны автономными: гарантiя лежитъ въ ихъ равновѣсiи, которое достигается или ихъ совмѣстнымъ участiемъ въ одномъ и томъ же государственномъ актѣ, или ихъ солидарностью (парламентаризмъ). Очевидно, въ такомъ пониманiи народный суверенитетъ не предопредѣляетъ государственнаго устройства и совмѣстимъ со многими [2]).

---

[1]) Précis de droit public, p. 434: «la donnée de l'investiture... n'implique pas une transmission de pouvoir». Орiу сопоставляетъ ее съ инвеститурой, которую по конкордату получалъ епископъ отъ французскаго правительства: делегировался же ему религiозный авторитетъ въ таинствѣ священства. Инвеститура можетъ быть также сопоставлена въ первоначальномъ римскомъ правѣ съ мандатомъ безъ представительства. Ср. Michoud, La théorie de la personnalité morale, v. I, p. 284: выборы не являются передачей мандата—это лишь procédé d'élection; съ мандатомъ несовмѣстимо признанiе, что депутатъ есть органъ всей нацiи. Но отсюда не слѣдуетъ, чтобы избирательное право было лишь рефлексомъ объективнаго права (p. 290): по Мишу «le droit reconnu aux électeurs leur est donc reconnu dans leur propres intérêts... pour qu'ils puissent faire triompher dans le Gouvernement leurs idées et leurs désirs».

[2]) Болѣе близко къ Эсмену въ пониманiи народнаго суверенитета стоитъ Виллей. Для него смыслъ этого понятiя—въ равноправiи членовъ государственнаго союза. А такъ какъ власть есть неизбѣжность, то «ceux la commanderont légitimement, qui commanderont avec l'assentiment de ceux qui sont commandés. La souveraineté nationale est purement et simplement le droit de n'être commandé que par des hommes investis de la confiance de la nation et acceptés par elle, ou si l'on veut le droit de choisir ses maîtres» La souveraineté nationale въ Revue du droit public et de la science politique, v. 21, p. 22. Ср. Michoud, La théorie de la personnalité morale, v. II, p. 56: идея суверенитета, монархическаго или народнаго, въ одинаковой степени принадлежитъ политикѣ: юридически можетъ быть признанъ лишь суверенитетъ государства. Для Эйхталя народный суверенитетъ имѣетъ лишь

Отсюда не такъ далеко до юридической системы, которая вовсе обходится безъ понятія народнаго суверенитета. Если не систему, то элементы таковой мы находимъ у Дюги. Его произведеніямъ обыкновенно весьма недостаетъ полной убѣдительности, но мы всегда въ нихъ чувствуемъ напряженное исканіе мысли, которое само по себѣ привлекаетъ и даетъ толчекъ для умственной работы. Эти исканія заставляли Дюги многое мѣнять на пройденномъ извилистомъ пути отъ классическаго народоправства Руссо къ государству синдикалистовъ. Тѣмъ не менѣе основныя положенія автора высказаны уже въ главной его работѣ «L'Etat».

Впрочемъ, о нихъ приходится говорить съ оговоркой. Вначалѣ этой книги Дюги признаетъ, что его задача скорѣе отрицательная—показать, что не есть право и что не есть государство. Онъ отказывается отъ идеи народнаго суверенитета, какъ и отъ идеи государства-лица [1]),—даже отъ субъективнаго права, но онъ далеко не всегда считаетъ себя обязаннымъ разрушенное замѣнить чѣмъ-нибудь вновь созданнымъ.

Своеобразіе Дюги лежитъ въ томъ, что онъ съ одной стороны очень энергично подчеркиваетъ внѣ-правовую природу государственной власти: она всегда покоится на силѣ, а съ другой—внѣ-государственное происхожденіе правовыхъ нормъ [2]). Эти нормы обязательны и для государства, потому что онѣ отвѣчаютъ соціальной солидарности—и даже болѣе, чѣмъ отвѣчаютъ: самая сила нормы заключается въ томъ, что въ ней какъ бы кристаллизовалось стремленіе человѣческой природы къ солидарности [3]). Послѣднее

отрицательный смыслъ: онъ говоритъ, чѣмъ не долженъ быть данный режимъ—но положительное его содержаніе всегда весьма измѣнчивое и не соотвѣтствуетъ его теоретической простотѣ. Souveraineté du peuple et gouvernement, p. 85.

[1]) Въ Droit constitutionnel, p. 43 Дюги примѣнилъ конструкцію государства-лица, но обяснилъ это мотивами педагогическими: было бы неумѣстно въ учебникѣ расходиться съ принятой, хотя бы и искусственной, доктриной. Въ новѣйшей работѣ Traité de droit constitutionnel v. I. p. 47 Дюги совершенно ее отвергаетъ.

[2]) L'Etat, v. I, p. 15: «l'Etat c'est la force materielle, quelle que soit son origine; elle est et reste un simple fait... Le droit n'est donc point, suivant l'expression de Ihering, la politique de la force; il est limite de la force».

[3]) Ib., v. I, p. 23.

положеніе Дюги вызвало въ общемъ довольно суровую критику, и дѣйствительно, оно отличается неясностью и бездоказательностью, довольно обычными, впрочемъ, у французскихъ солидаристовъ. Солидарность то является простымъ фактомъ, то становится почти синонимомъ соціальной справедливости [1]). Психологически совершенно остается невыясненнымъ, насколько сильна эта потребность, какъ она переплетается съ другими мотивами человѣческихъ дѣйствій. А между тѣмъ Дюги считаетъ возможнымъ на солидарности обосновать полное подчиненіе государства праву. По его выраженію «есть право и противъ государства» (il y a un droit contre l'Etat) и онъ готовъ признать за гражданиномъ право сопротивленія [2]). Съ другой стороны, законность самой власти опредѣляется не ея происхожденіемъ, а ея осуществленіемъ—въ духѣ соціальной солидарности или въ разрѣзъ съ ней. Здѣсь какъ бы чувствуется отголосокъ античной политической мысли, для которой rex qui recte facit, протестъ противъ юридическаго формализма. Но какъ примирить все это съ современнымъ дѣйствующимъ правомъ? Далѣе солидарность у Дюги пріобрѣтаетъ обликъ своеобразной предустановленной гармоніи—и характерно его сочувствіе мысли Іеринга, что

---

[1]) Ср. предисловіе П. И. Новгородцева къ русскому переводу «Конституціоннаго права» Дюги, с. XXIV: «соціальная солидарность есть фактъ, это безспорно; но соціальная солидарность согласно этой доктринѣ есть также и долгъ, и мы въ правѣ спросить: откуда это вытекаетъ? Вывести долгъ изъ факта—немыслимо: ab esse ad necesse non valet consequentia— и пока намъ не указали иныхъ основаній соціальнаго долга, мы имѣемъ право утверждать, что доктрина солидарности покоится на апріорномъ и недоказанномъ положеніи».

[2]) L'Etat, v. I, p. 312. Ср. Traité de droit constitutionnel, v. I, p. 153: «l'affirmation du droit de résistence à l'oppression est la meilleure des garanties contre l'arbitraire du législatif, qui s'efforcera des lors de ne faire que des lois devant rencontrer une adhésion quasi-unanime» («des lois contraires au droit»). По Оріу—это чистый и опаснѣйшій анархизмъ (Les idées de M. Duguit). По Жезу (Jèse, Revue du droit public et de la science politique, v. 29, p. 182) Дюги политически правъ; онъ не правъ лишь въ томъ, что видитъ здѣсь юридическое положеніе; революція всегда «un conflit à mort entre le devoir juridique et le devoir politique». Ср. Michoud, La théorie de la personnalité morale, v. II, p. 57. Съ католической точки зрѣнія къ взглядамъ Дюги подходитъ Viaud, Le refus d'obéissance à la loi; по его словамъ это подлинная доктрина церкви (p. 45).

эгоизмъ приспособляется къ общему благу. Отсюда оптимистическая увѣренность Дюги, что нельзя представить отношенія между государствомъ и индивидуумомъ, какъ борьбу:—такая теорія ведетъ къ деспотизму и анархіи. Развѣ не было однако достаточно примѣровъ въ исторіи государства—и деспотизма, и анархіи?

Итакъ, правовымъ дѣлается государство, поскольку и правящіе и управляемые проникаются сознаніемъ общественной солидарности. Очевидно, отсюда еще нельзя извлечь конкретныхъ чертъ государственнаго устройства. Къ самымъ блестящимъ страницамъ Дюги принадлежитъ его ученіе о законѣ, какъ общей нормѣ [1]); эта общность, предполагающая равенство передъ закономъ, есть одна изъ основъ правового строя—ибо «всякое рѣшеніе, нарушающее общій законъ для даннаго случая или лица, отъ кого бы оно ни исходило, есть актъ диктатуры» (un acte dictatorial). Но и это свойство правового государства трудно безъ натяжекъ вывести изъ принципа солидарности. То же приходится сказать и о другихъ элементахъ правового строя [2]). Такимъ образомъ, отказываясь отъ народнаго суверенитета, Дюги приходитъ къ чисто метаюридическому пониманію правового государства, при которомъ оно не можетъ быть отождествляемо ни съ какимъ опредѣленнымъ типомъ [3]).

То же самое слѣдуетъ сказать объ Оріу. Государство есть организація націи [4]), характеризуемая извѣстнымъ порядкомъ

[1]) L'Etat, v. I, p. 475. Ср. главу La loi въ его Les transformations du droit public, p. 73.

[2]) Напримѣръ, о децентрализаціи и федерализаціи—интересныя замѣчанія въ L'Etat, v. II, p. 756. Чрезвычайно трудно юридически сочетать признаніе личности гражданина и отрицаніе субъективнаго права, которое мы встрѣчаемъ у Дюги. Еще рѣзче это отрицаніе въ Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat.

[3]) Эти выводы подтверждаются и вышедшей въ 1913 книгой Дюги, Les transformations du droit public: основная черта этого преобразованія въ томъ, что «la notion de service public veut remplacer celle de souveraineté» (p. XIX; ср. p. 3). Впрочемъ особенно это проявляется въ области административной юстиціи, p. 175: «ainsi toute l'administration est saisi par le droit, placée sous un contrôle juridique. C'est en ce sens surtout que suivant l'expression allemande l'Etat moderne devient un Etat de droit, un Rechtsstaat».

[4]) Précis de droit public, p. 72, ch. 2: le point de vue de la nation amenagée au régime d'état.

и равновѣсіемъ элементовъ [1]); его смыслъ и въ то же время критерій жизнеспособности—въ созданіи и защитѣ общественнаго мира, который осуществляется черезъ сложившіяся соціальныя состоянія. Эти состоянія создаются вокругъ всякой общественной функціи, всякаго представленнаго въ общественной средѣ интереса. Въ государствѣ существуетъ основное равновѣсіе власти и этихъ соціальныхъ состояній, которымъ присущъ извѣстный элементъ борьбы за существованіе; самая власть, первоначально фактическая—въ этомъ Оріу согласенъ съ Дюги,—обращается въ правовую уже одной своей длительностью и необходимостью признавать въ извѣстной мѣрѣ сложившіяся вокругъ нея соціальныя состоянія [2]). Но если право въ государствѣ представляетъ изъ себя упроченный порядокъ, при которомъ охраняются соціальныя состоянія, то оно можетъ воплощаться въ рядѣ политическихъ системъ и формъ правленія [3]). Нѣтъ точной границы между государствомъ правовымъ и неправовымъ—нѣтъ потому, что Оріу въ глубокой степени проникнутъ сознаніемъ правообразующей силы факта, при чемъ эта сила допускаетъ въ своемъ проявленіи рядъ постепенностей,—но есть извѣстное направленіе, извѣстный уклонъ въ сторону правового государства.

Особый для насъ интересъ въ связи съ развитіемъ административной юстиціи представляетъ французская литература по административному праву. Общая проблема правового государства въ ней обычно не затрагивается: проблема, поставленная у Штейна въ Германіи, созданіе «verfassungsamässiges Verwaltungsrecht» давно осуществлена въ жизни. Извѣстно, что государственный совѣтъ пріобрѣтаетъ все болѣе судебный характеръ, что recours contentieux расширяется и распространяется на случаи, гдѣ ранѣе допускался только recours gracieux—словомъ, правовая защита становится все болѣе дѣй-

---

[1]) Ib., ch. 1: le point de vue de l'ordre et de l'équilibre.

[2]) Ib., p. 82; cp. p. 89: «l'équilibre du pouvoir de domination et de l'ensemble des situations établies explique donc la transformation des états de fait en états de droit à l'interieur d'une nation et par là il nous permet de comprendre, comment le gouvernement lui-même a pu être soumis à l'empire du droit».

[3]) Cp., ch. 10 (p. 415): les équilibres constitutionnels.

ствительной. Здѣсь открываются и дальнѣйшія перспективы: можно предположить, что начало отвѣтственности распространится съ актовъ въ строгомъ смыслѣ слова административныхъ на т. н. правительственные (actes gouvernementaux) [1]; многіе, въ томъ числѣ Дюги, не останавливаются передъ возможностью отвѣтственности, вытекающей изъ созданія новаго закона [2]; дисциплинарнымъ обязанностямъ должностныхъ лицъ будетъ соотвѣтсвовать статутарное право, обезпечивающее ихъ законныя притязанія [3]. Съ другой стороны, самая закономѣрность, обязательная для власти, понимается все въ болѣе широкомъ смыслѣ: ожидается воздержаніе отъ дѣйствій, не оправдываемыхъ тѣми цѣлями, ради которыхъ данному органу вручена извѣстная компетенція (détournement de pouvoir). Требованіе закономѣрности переходитъ здѣсь въ требованіе того, что Оріу называетъ moralité administrative [4]. Отсюда естественно утвержденіе, на которомъ особенно настаиваетъ Бертелеми: «власть повелѣвать» есть осуществленіе вовсе не правъ государства, а его функцій [5]. Все это указываетъ, какъ мыслится господство права въ области управленія; но французскіе административисты избѣгаютъ здѣсь слишкомъ широкихъ обобщеній. Они даже подчеркиваютъ, насколько эта административная юстиція есть принадлежность

---

[1]) Ducrocq, Cours de droit administratif, v. II, p. 20. Ср. Jèse, Revue du droit public et de la science politique, v. 28, p. 664: «il viendra sans doute un jour, où tous les actes et agissements des agents diplomatiques perdront leur caractère sacrosaint, et seront soumis à la loi commune, à savoir la responsabilité du patrimoine administratif ou la responsabilité personnelle de l'agent, suivant les cas, toutes les fois qu'un préjudice aura été causé et que ce préjudice se presentera dans les conditions ordinaires du domaine donnant droit à l'indemnité».

[2]) De la responsabilité pouvant naître à l'occasion de la loi въ Revue du droit public, v. 27, p. 639; Les transformations du droit public, p. 193. Ср. Leroux, Essai sur la notion de la responsabilité de l'Etat dans l'exercice du pouvoir législatif, p. 67. Защита классической теоріи и возраженія противъ новыхъ теченій, стремящихся установить отвѣтственность за акты законодательные у Despax, De la responsabilité de l'état en matière d'actes législatifs, p. 107 etc.

[3]) Chadrun, L'administration de la France, pass.

[4]) Précis de droit administratif et de droit public, p. 432.

[5]) Traité de droit administratif, p. 4; p. 44.

новѣйшей Франціи и не находитъ себѣ параллелей за ея предѣлами; быть можетъ Франціи суждено дать міру основы административнаго права, какъ Риму — основы права гражданскаго [1]).

Самое ученіе о верховенствѣ закона, какъ основѣ правового государства, — ученіе, въ общемъ принимаемое современной нѣмецкой литературой, встрѣчаетъ во французской существенныя оговорки. Пусть, какъ говоритъ Бертелеми, одна законодательная власть обладаетъ полнотой суверенитета: администраторъ, который не можетъ указать текста закона, на которомъ онъ основываетъ принадлежащій ему по его словамъ авторитетъ, не можетъ отъ меня ничего требовать [2]). Съ этимъ верховенствомъ закона трудно примирить ученіе о делегаціи правительственной власти отъ законодательной. Между тѣмъ обычно признается и существованіе и правомѣрность подобной делегаціи [3]). Кромѣ того, вполнѣ установившійся парламентарный режимъ чрезвычайно смягчаетъ противоположность законодательнаго и правительственнаго акта: вѣдь и послѣдній исходитъ отъ власти, солидарной съ законодательнымъ органомъ.

---

[1]) Напр., Hauriou, Précis de droit public, p. 333—4; такъ же смотрятъ Лаферьеръ и большинство французскихъ государствовѣдовъ и административистовъ. Исключеніями нужно признать авторовъ, относящихся отрицательно къ французской административной юстиціи. Среди нихъ едва ли не самый выдающійся—Jacquelin, Les principes dominant du contentieux administratif, oc. p. 255 (возраженія Дaресту и Лаферьеру).

[2]) Exercice de la souveraineté par l'autorité administrative въ Revue du droit public et de la science politique, v. 21, p. 214.

[3]) Des Cilleuls, De la délégation des pouvoirs publics—въ Revue du droit public et de la science politique, v. 27, p. 458: делегація существовала и существуетъ во французскомъ правѣ. Ср. Laferrière, Traité de la juridiction administrative, v. II, p. 11; Moreau, Le règlement administratif, p. 50 etc.; Gasquet, La nature juridique du règlement, p. 198; Cahen, La loi et le règlement, p. 240 etc; p. 299. Возраженія у Эсмена въ статьѣ: De la délégations du pouvoir législatif, Revue politique et parlementaire, 1894 Août, p. 200; Berthélemy, Le pouvoir réglementaire—ib. 1898 Janvier—Fevrier, p. 9. Идея делегаціи вообщене совмѣстима съ принципомъ, въ силу коего правомочія всякаго государственнаго органа суть вовсе не какія-либо субъективныя права его, а компетенціи, и всѣ онѣ получаются отъ закона, опредѣляющаго государственное устройство и регулирующаго дѣятельность государственныхъ органовъ.

Тамъ, гдѣ прежде усматривалось столкновеніе принциповъ, тамъ теперь оказывается чуть ли не простой вопросъ раздѣленія труда. А съ точки зрѣнія политической въ современной французской литературѣ мы видимъ скорѣе готовность расширить правомочія и самостоятельность исполнительной власти [1]).

Наконецъ, верховенство закона можетъ вызывать сомнѣнія по существу, — наиболѣе яркое выраженіе имъ даетъ въ своей монографіи Леруа [2]). Идея закона была дорога великой революціи, ибо она являлась отрицаніемъ стараго произвола (bon plaisir). Но законъ унаслѣдовалъ всю повелѣвающую власть монарха: его всемогущество обратилось въ подлинный деспотизмъ. Современное общество уже не можетъ свободно развиваться подъ властью столь мало подвижныхъ, столь трудно измѣняемыхъ правилъ; оно нуждается въ большей гибкости и приспособляемости ихъ. Общность, которая признается въ теоріи существенной чертой закона, на практикѣ уступаетъ мѣсто тенденціи ограничивать его примѣненіе: матеріальные признаки закона стушевываются. За правительствомъ начинаютъ признавать право въ извѣстныхъ случаяхъ воздерживаться отъ примѣненія закона—такое признаніе санкціонируютъ даже палаты [3]); съ другой стороны, извѣстныя полномочія, считавшіяся исключительнымъ правомъ законодателя, пріобрѣтаетъ французскій судъ — особенно кассаціонный судъ, а также и государственный совѣтъ [4]). Все это возвѣщаетъ сумерки, такъ сказать, легализма,

---

[1]) См. особенно Barthélemy, Le rôle du pouvoir exécutif dans les républiques, 1907: одна изъ самыхъ выдающихся книгъ во французской политической литературѣ XX вѣка.

[2]) Leroy, La loi, 1908.

[3]) У Леруа приведенъ ordre du jour палаты депутатовъ въ засѣданіи 23 марта 1907 г., приглашавшій правительство «faire une application largement libérale» закона 1906 г. объ отдыхѣ торговыхъ служащихъ.

[4]) Ср. Mailleux, L'exégèse des codes, p. 217. Весьма интересныя данныя о роли французскихъ судовъ въ признаніи юридическихъ актовъ не имѣющими силы, роли, которая далеко выходитъ за предѣлы классической доктрины—у Japiot, Des nullités en matières d'actes juridiques, p. 333; примѣры истолкованія Code civil у Charmont, Le droit et l'esprit démocratique, p. 21.

эпоху котораго открыла и торжественно провозгласила французская революція: царство закона уступаетъ мѣсто господству общественнаго мнѣнія. Этотъ переходъ сказывается и въ извѣстныхъ симпатіяхъ, которыя пріобрѣтаетъ непосредственное правленіе, и въ растущей важности ассоціацій, гдѣ вырабатывается и оформляется мнѣніе различныхъ классовъ и группъ [1]).

Отсюда недалеко и до признанія, что законъ вообще имѣетъ весьма ограниченную силу,—признанія, которое дѣлаетъ въ своей интересной книгѣ Крюэ [2]). Законодательство преобразовывается не только судомъ и юриспруденціей: оно, закрѣпленное на бумагѣ, никогда не поспѣваетъ за развитіемъ жизни, всегда текстъ закона въ ней преломляется, всегда администраціи присуще стремленіе уклониться отъ строгаго легализма [3]). Ежедневно мы видимъ, какъ общество измѣняетъ законы, но никогда не видимъ обратнаго. Нарушеніе закона осуществляетъ извѣстную функцію въ правѣ, подобно тому, какъ ересь—функцію въ человѣческомъ познаніи [4]). Впрочемъ, и самое право не господствуетъ надъ соціальными силами, а лишь отображаетъ ихъ.

Остается, конечно, требованіе, чтобы государство, признающее верховенство права, охраняло свободу отдѣльныхъ гражданъ и ихъ союзовъ, давало имъ правовую защиту. Но какимъ образомъ? Достаточно ли дальнѣйшее усовершенствованіе конституціоннаго и административнаго права въ духѣ тѣхъ основныхъ принциповъ политической демократіи, которыя признавались наслѣдіемъ Франціи отъ великой революціи? Это отрицается не только революціоннымъ синдикализмомъ, но и тѣмъ синдикализмомъ теоретическимъ, симпатіи къ которому раздѣляютъ въ извѣстной мѣрѣ выдающіеся представители французской политической и соціальной науки [5]).

---

[1]) Leroy, p. 350; Fournière, L'idéalisme social, p. 285: «absorption de la loi dans la volonté commune».

[2]) Cruet, La vie du droit et l'impuissance des lois.

[3]) Ib., p. 109.

[4]) Ib., p. 334: «il y a donc en quelque sorte une fonction juridique de l'illégalité,comme il y a pourrait-on dire une fonction intellectuelle de l'hérésie».

[5]) Между прочимъ и Дюги. См. его Le droit social, le droit indivi-

Правовое государство синдикалистовъ—не есть ли нѣчто весьма мало похожее на наши обычныя представленія о правовомъ государствѣ? [1]) А въ теоріяхъ солидаристовъ, въ призывахъ къ воспитанію демократіи чувствуется явственное признаніе такой связанности государственной власти, которая не укладывается ни въ какія юридическія рамки. Старые отвѣты на проблему правового государства во Франціи очевидно уже не удовлетворяютъ, въ новыхъ,—при всемъ напряженіи исканій, при всей оригинальности и талантливости,—мы еще не находимъ полной конкретности и опредѣленности [2]). Французская юридическая, политическая и философская мысль имѣетъ передъ собой эту благодарную задачу.

---

duel et les transformations de l'état. Дюги не боится возраженія, что синдикализмъ знаменуетъ возвратъ къ среднимъ вѣкамъ съ ихъ господствомъ цеховъ и гильдій, и готовъ весьма идеализировать средневѣковый строй, гдѣ власть возвышалась до пониманія, что «она должна охранять порядокъ и миръ справедливостью», p. 120. Интересны замѣчанія объ идеѣ синдикальнаго федерализма у Hauriou, Précis de droit public, p. 467. Leroy, Syndicats et services publics. Préface, p. XI: «l'ère politique selon Montesquieu et Rousseau est virtuellement close»; съ новой точки зрѣнія различія Монтескье и Руссо совершенно второстепенны сравнительно съ различіями традиціоннаго государства и смѣняющаго его строя. Важнымъ симптомомъ во всякомъ случаѣ является растущая склонность подчеркивать слабость и безсиліе современныхъ парламентовъ, находящаяся въ явномъ противорѣчіи съ текстами конституцій. Ср. Leroy, La transformation de la puissance publique, p. 166.

[1]) Pannunzio, Syndicalisme et souveraineté въ Le mouvement socialiste, N. 253—4, p. 30: довольно яркое выраженіе контраста между современной демократіей и синдикализмомъ, которому принадлежитъ будущее. Юридически синдикаты разрушаютъ право государства и замѣняютъ его автономнымъ правомъ синдиката и группы; политически они замѣняютъ «неопредѣленное, туманное понятіе суверенитета народа суверенитетомъ труда». Это отчасти возвращеніе къ среднимъ вѣкамъ и корпоративному строю, но въ такомъ возвращеніи нѣтъ ничего страшнаго.

[2]) Тѣмъ знаменательнѣе призывъ къ естественному праву, который мы встрѣчаемъ въ книгѣ Charmont: La renaissance du droit naturel (1910). Интересна здѣсь энергическая защита эмоціональнаго элемента въ правѣ, отчасти развитая въ полемикѣ противъ Іеринга: право не можетъ держаться на одномъ разумѣ (p. 59), а также критика бентамизма, оказавшаго, по Шармону, пагубное вліяніе на правовое чувство англичанъ (p. 116). Общіе

Въ новой англійской литературѣ проблема правового государства почти не затрагивалась—и понятно почему. Принципъ закономѣрности управленія, формальное различіе статута и ордонанса могутъ быть возведены чуть ли не къ XIV вѣку или даже къ Эдуарду I и «образцовому парламенту». Съ тѣхъ давнихъ поръ этотъ принципъ считается частью англійской конституціи. Локкъ, который писалъ свои Two treatises of Government подъ свѣжимъ впечатлѣніемъ второй революціи, который чувствовалъ необходимость дать апологію этой революціи, могъ еще отстаивать верховенство законодательной власти, ограниченное лишь первоначальнымъ договоромъ: это верховенство послѣ него дѣлается общимъ мѣстомъ. Субъективныя публичныя права гражданъ не противополагаются частнымъ: тѣ и другія имѣютъ защиту общихъ судовъ, тѣ и другія не нуждаются ни въ теоретическомъ ихъ провозглашеніи, ни въ оправдывающей ихъ философской теоріи [1]). Естественно-правовыя доктрины XVII вѣка, ученіе левеллеровъ, имѣвшее такой успѣхъ среди лагерныхъ палатокъ кромвелевской арміи, ученіе Блэкстона о естественныхъ законахъ, столь же древнихъ, какъ человѣкъ, данныхъ самимъ Богомъ, высшихъ, чѣмъ всѣ другія обязательства [2])—все это давно вышло изъ оборота политической мысли [3]). Этимъ ученіямъ противопоставлены были не только

выводы автора—p. 217 etc: «l'affirmation de droit naturel ou plus exactement de l'idéalisme juridique nous a paru la seule solution de la crise de la philosophie du droit». Ср. Platin, Pour le droit naturel (1911).

[1]) Философская теорія въ Англіи, при долгомъ здѣсь господствѣ эмпиризма, часто имъ скорѣе неблагопріятна. См. James Stephen, Liberty, equality, fraternity (1873); Bosanquet, The philosophical theory of the state, p. 201. Что касается утилитаризма, наиболѣе характерное обоснованіе правового государства на его почвѣ дано у Милля въ On liberty. Для него еще нѣтъ противорѣчія между началами свободы и высшаго блага (хотя его автобіографія показываетъ, насколько онъ позналъ всю шаткость утилитарнаго оптимизма); Спенсеръ въ своемъ The man versus the state, p. 372, отстаивая начало laissez-faire, долженъ уже рѣшительно отвергнуть бентамовскую формулу «наибольшаго блага наибольшаго числа людей».

[2]) Commentaries, ed. 1896, v. I, Introduction, sec. II,

[3]) Характерные отголоски естественно-правовой концепціи въ смыслѣ Блэкстона у Кента, Commentaries on the american law, IV, 24 etc. (of the absolute rights of persons). Суровая критика господствующаго «лега-

блестящіе, часто парадоксальные, всегда проникнутые историзмомъ Reflections on the revolution in France Берка [1]). Бентамъ и Остинъ, наложившіе такой глубокій отпечатокъ на цѣлыя поколѣнія англійскихъ юристовъ и, пожалуй, на юридическую мысль всего англійскаго общества [2]), не питали никакихъ сомнѣній относительно верховенства государства и юридической неограниченности его власти [3]). Въ широкой степени ихъ идеи усвоила и американская литература [4]).

лизма» у Годвина — Enquiry concerning political justice, v. II, book VII, ch. 8.

[1]) Трудно себѣ представить болѣе рѣзкій контрастъ, чѣмъ между историзмомъ Берка и естественно-правовымъ атомизмомъ Годвина, для коего «society is nothing more than an aggregation of individuals»—Enquiry concerning political justice, v. I (ed. 2), p. 137.

[2]) Markby, Elements of law, p. 4: the subject has been exhausted by the late Mr. John Austin... These conclusions have been generally accepted by english jurists, and many of them rest upon arguments drawn from Austin's celebrated predecessors, Hobbes and Jeremy Bentham». О революціонизующемъ вліяніи Бентама на юридическую и политическую мысль его эпохи цѣнное свидѣтельство у Милля, Autobiography, 2 ed., p. 89—90. Ср. Dillon, The law and jurisprudence of England and America, ch. XII, p. 316. Разумѣется, это вліяніе вызвало и свою реакцію. Harrison, The english school of jurisprudence въ Fortnightly Review 1878, Oct. I, p. 475; Nov. I, p. 682; 1879 Jan. I, p. 114. Pollock, Introduction to the history of the science of politics, p. 103; отчасти Lorimer, The institutes of law, p. 219. Отверженіе взгляда Остина на суверенитетъ у Спенсера, The man versus the state, p. 81; Ричи находитъ здѣсь даже выраженіе естественно-правовой реакціи: The principales of state interference, p. 31 etc. Мэнъ сравниваетъ аналитическую школу Остина и классическую политическую экономію: обѣ исходятъ изъ отвлеченныхъ предпосылокъ, обѣ одинаково искусственны. Early history of institutions, p. 360—361.

[3]) Bentham (напримѣръ) Introduction to the principles of moral and legislation—ed. 1823, v. II; особенно Austin, Lectures on Jurisprudence (1873): самоограниченіе суверенной власти иллюзорно (p. 271); отъ этой власти нѣтъ легальной защиты для гражданской и политической свободы (p. 281); всякое свободное правленіе — легальный деспотизмъ. Съ другой стороны leges imperfectae—даже не часть права, а положительной морали. Ср. Brougham, Political philosophy, v. I, p. 44; Markby, Elements of law, p. 4; у Lightwood, The Nature of Positive Law, указана тѣсная связь концепціи Остина съ особенностями государственнаго строя Англіи, ея ранней централизаціей: въ англійской литературѣ границы права и морали установлены гораздо опредѣленнѣе, чѣмъ въ нѣмецкой, p. 63 etc; p. 262 etc.

[4]) Хотя, здѣсь часто указывалось, ученіе Остина о созданіи закона

И у американскихъ авторовъ встрѣчаются утвержденія, что государство суверенно, его ограниченіе — всегда самоограниченіе; естественная свобода — чистый миѳъ [1]). Такимъ образомъ, въ обычномъ пониманіи англичанъ подъ правомъ разумѣются лишь правила или нормы, пользующіяся судебной защитой: гдѣ такой санкціи нѣтъ, тамъ мы имѣемъ дѣло съ моралью, обычаемъ, но не правомъ [2]). Дѣйствовала здѣсь и особенность языка, гдѣ lex и ius одинаково передавались словомъ law [3]).

Исходя изъ подобнаго государственно-правового міровоззрѣнія, какъ можно обосновать правовыя преимущества англійскаго строя—преимущества, которыя сдѣлались общепризнанной истиной въ Европѣ? Отвѣтъ на этотъ вопросъ данъ въ книгѣ Дайси объ англійской конституціи, книгѣ, пріобрѣтшей, можно сказать, міровую извѣстность [4]). Въ сущности ея тема — Англія

не подходило къ исторіи американскихъ колоній; ср. Wharton, Commentaries on American law, § 2: статутарное англійское право преобразовано въ Массачузетѣ и Пенсильваніи не британскимъ парламентомъ и не колоніальными собраніями—it was done by popural assent produced by national conscience and national need. Ср. Ritschie, On the conception of the sovereignty; оттискъ изъ Annals of the American Academy of Political and Social Science: насколько вліяніе остиновой юриспруденціи было сильно въ Англіи, настолько оно оказалось слабымъ за ея предѣлами — даже въ Соединенныхъ Штатахъ. Ричи ссылается здѣсь на Clarke, Practical jurisprudence, p. 167—8: положенія Остина одинаково не соотвѣтствуютъ языку, исторіи и правовой традиціи. Коренныя разногласія съ Остиномъ и въ позднѣйшей работѣ Кларка, The science of law and law making, p. 46.

[1]) Willoughby, An examination of the nature of the state, p. 127: «there is no onus upon the state to justify its existence and an infringement upon a predicated natural freedom of the individual. Such a freedom we have shown to be a myth and an imposture». Burgess, Political science and Constitutional law, v. I, p. 176: «the individual is defended in this sphere against the Government by the power (the state), that makes and maintain and can destroy the Government... Against that power itself however he has no defence».

[2]) Иначе у Bowyer, Commentaries on universal public law (1854)— авторъ слѣдуетъ главнымъ образомъ Дома и Савиньи, а также церковнымъ писателямъ и ставитъ рядомъ natural law и arbitrary law, p. 32, 75.

[3]) Съ этой стороны критика Остина у Bosanquet, The philosophical theory of state, p. 258 etc.

[4]) Lectures introductory to the study of the law of the constitution.

какъ правовое государство. Англійскій строй выражается въ двухъ началахъ: верховенство парламента и господство права [1]). Послѣднее сводится къ тремъ: отвѣтственность гражданъ исключительно передъ судомъ за опредѣленныя нарушенія закона; исключительная подсудность всѣхъ безъ изъятія общимъ судамъ; обезпеченіе свободы частныхъ лицъ рѣшеніями общихъ судовъ.

Здѣсь сказывается различіе англійскаго и континентальнаго конституціоннаго права. При этомъ обѣ черты англійскаго строя—верховенство парламента и господство права—тѣсно связаны, если не опредѣляютъ другъ друга. Слѣдуетъ ли изъ этого, что при другой системѣ учрежденій подобное господство права невозможно? Принципы американскаго строя рѣзко расходятся съ верховенствомъ парламента: американская конституція писанная, ея пересмотръ соединенъ съ очень большими трудностями, она совсѣмъ не похожа на англійскую конституцію, основа которой—традиція и прецедентъ; и однако, по признанію самого Дайси, господство права отличаетъ Соединенные Штаты въ не меньшей степени, чѣмъ Англію [2]).

Съ другой стороны, самое верховенство парламента оказывается возможнымъ лишь потому, что господство права—какъ послѣднее понимаютъ англичане,—не исключительное, что рядомъ съ нимъ дѣйствуетъ, по выраженію Фримана, цѣлая система политической морали—тѣ конституціонныя соглашенія (conventions), которыя такъ внимательно собралъ и такъ тонко анализировалъ Дайси [3]). Правда, онъ убѣдительно доказываетъ, что грубое ихъ нарушеніе рано или поздно приводитъ нарушителя

---

[1]) P. 402: «these peculiar characteristics (of the English constitution) may be summed up in the combination of Parliamentary Sovereignty with the Rule of Law».

[2]) P. 215.

[3]) P. 28. Ridges, Constitutional law of England, p. 3. Вопросъ о природѣ этихъ conventions, объ отношеніяхъ ихъ къ строго-правовымъ нормамъ представляетъ чрезвычайный интересъ съ точки зрѣнія общей теоріи права. См. Hatscheck, Die Konventionsregeln oder über die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung im öffentlichen Rechte въ Jahrbuch des öffentlichen Rechte, B. III. Къ сожалѣнію у Гачека и безъ того весьма сложная тема до крайности осложнена философскими экскурсами, не стоящими съ ней въ необходимой связи. Ср. Radnitzky, Dispositives und mittelbar geltendes Recht въ Archiv für das öffentliche Recht, B. 21, S. 380.

къ столкновенію съ закономъ. Но въ то же время сравнительно съ законами они весьма неопредѣленны: грани дозволеннаго и недозволеннаго проведены далеко не столь отчетливо.

За этими conventions стоятъ не только законы, но и общественное мнѣніе страны. Въ то же время, если англійской гражданской свободѣ, какъ показываетъ Дайси, чужда законодательная регламентація, свойственная контитентальнымъ странамъ, если предѣлы, напримѣръ, допустимой свободы печати или свободы собраній устанавливаются рѣшеніемъ присяжныхъ, то не приходимъ ли мы и здѣсь къ власти общественнаго мнѣнія? [1]). При другомъ настроеніи послѣдняго англійскій судъ могъ бы умалить эту свободу въ сильнѣйшей мѣрѣ, чѣмъ она умалена на континентѣ. И, наконецъ, это легальное самодержавіе парламента, не могущаго лишь «превращать женщинъ въ мужчинъ», не умѣряется ли опять таки общественнымъ мнѣніемъ?

Такимъ образомъ, англійское господство права, изображенное у Дайси, не можетъ быть понято, если мы не примемъ во вниманіе господства общественнаго мнѣнія, проникнутаго уваженіемъ къ праву. А насколько такое мнѣніе отражается въ самомъ правѣ, насколько руководящія его идеи опредѣляли и опредѣляютъ англійское законодательство,—лучше всего можно видѣть изъ болѣе поздней книги самого Дайси: Lectures on the relations between law and public opinion in England [2]). Здѣсь авторъ показываетъ, какъ извѣстныя теченія въ общественномъ сознаніи, въ которыхъ явственно запечатлѣлись отдѣльные мыслители или отдѣльныя школы, затѣмъ кристаллизуются въ законодательствѣ. Съ этой стороны исторія XIX вѣка распадается на періодъ стараго торизма, соединеннаго съ законодательной бездѣятельностью (legislative quiescence), періодъ бентамовскаго индивидуализма и періодъ коллективизма, начавшійся съ середины 60-хъ годовъ. Конечно, и законъ есть факторъ въ созданіи общественнаго мнѣнія—но въ гораздо меньшей мѣрѣ, чѣмъ обратно [3]).

---

[1]) См. у Дайси главы: The right to freedom of discussion и The right of public meeting.

[2]) Не случайно эту книгу Дайси охотно и сочувственно, хотя и съ оговорками, цитируетъ Леруа, La loi, p. 234, 305, 328.

[3]) Lectures, p. 462: «an english lawyer... will do well to direct attention

Въ новѣйшей англійской конституціонной исторіи мы видимъ скорѣе ростъ политическаго вѣса общественнаго мнѣнія: оно явственно сказывается, напримѣръ, въ усиленіи авторитета избирателей за счетъ авторитета парламента. Если сравнить English constitution Бэджгота и Governance of England Лоу, бросается въ глаза, насколько въ изображеніи послѣдняго большее мѣсто отводится этому воздѣйствію всей массы полноправныхъ гражданъ, усиливающемуся рядомъ съ усиленіемъ правительственной власти. Съ другой стороны, какъ и во Франціи, и въ Германіи, выдвигается неизбѣжность для судьи осуществлять иногда функцію свободнаго правотворчества [1]). Легализмъ стараго типа въ духѣ школы Остина уступаетъ мѣсто представленіямъ о необходимой власти нормъ, которыя остаются еще въ сферѣ промежуточной, такъ сказать, между правомъ и моралью и не пріобрѣтаютъ законченнаго юридическаго характера. Въ то же время въ Англіи и особенно въ Америкѣ выдвигается проблема воспитанія демократіи—тѣхъ ея моральныхъ устоевъ, внѣ которыхъ не можетъ быть и здоровой правовой ея жизни [2]).

Были бы неумѣстными въ настоящее время всякія гаданія о конституціонномъ будущемъ Англіи. Если у метрополіи и колоній, напримѣръ, установится какая-нибудь федеративная связь, едва-ли возможно будетъ сохранить «неписанную» конституцію, какъ и отсутствіе формальнаго различія между закономъ конституціоннымъ и обычнымъ; сообразно этому съ неизбѣжностью усилится и элементъ юридическаго формализма. Но самая перемѣна могла бы явиться лишь въ результатѣ весьма сильнаго

---

as far as possible to the close and demonstrable connection during the nineteenth century between the development of English law and certain known currents of opinion. He should insist upon the consideration that the relation between law and opinion has been in England as elsewhere extremely complexe».

[1]) Lectures, p. 35

[2]) Willoughby, An examination of the nature of the state—заключительныя слова (p. 439):«the intention has been to show that a democracy is by no means a simple government, but rather the reverse... that it is one wich presupposes a high morality, an advanced state of education, a great degree of self-controle, a considerable amount of material and social equality and above all the active and disenterested participation of the wisest and best of its citizens in its political life».

и опредѣленнаго теченія въ обществѣ—какъ англійскомъ,такъ и колоніальномъ.Пока это теченіе далеко не достигло такой необходимой силы. То же самое приходится сказать по поводу новыхъ путей законодательства. Проблема правового государства въ элементарномъ смыслѣ обезпеченія законности и личной свободы давно разрѣшена; передъ англійской литературой,и юридической и политической, стоятъ болѣе сложные вопросы: какъ, съ одной стороны, обезпечить гармонію государственнаго устройства и управленія съ общественнымъ мнѣніемъ, а съ другой—сохранить въ этомъ мнѣніи,за которымъ стоитъ новая демократическая Англія эпохи Лойдъ-Джорджа, традиціонное стойкое уваженіе къ праву, несмотря на глубоко измѣнившееся содержаніе послѣдняго?

По сравненію съ литературой западной[1]) значительно проще изложить исторію проблемы правового государства въ русской юридической литературѣ. Нечего и говорить, насколько самая постановка проблемы была связана съ переходомъ Россіи къ конституціонному строю[2]). Изслѣдователи нашего дореформеннаго государственнаго права указывали, что ему присуще начало за-

[1]) Мы считаемъ возможнымъ ограничиться Германіей, Франціей и Англіей, потому что литература этихъ странъ представляетъ наиболѣе интересныя и типическія различія въ пониманіи правового государства. Можно было бы ввести указанія на юридическую литературу другихъ странъ, прежде всего, конечно, Италіи, которая имѣетъ весьма выдающихся юристовъ и соціологовъ. Карле въ La vita del diritto, p. 626, какъ намъ кажется, справедливо выражаетъ сожалѣніе, что Фулье, изслѣдуя въ L'idée moderne du droit французскія, нѣмецкія и англійскія концепціи права, не остановился на итальянскихъ. Но при данномъ планѣ приходится мириться съ пробѣлами и останавливаться на самыхъ существенныхъ теченіяхъ въ литературѣ вопроса. Задача же отдѣльно изучить идею правового государства въ итальянской литературѣ и вліянія, оказанныя здѣсь изъ Франціи и Германіи, заслужила бы полнаго вниманія.

[2]) Міровоззрѣніе славянофиловъ не могло обосновать началъ правового государства, такъ какъ оно совершенно не оцѣнивало правовыхъ гарантій. Но самая проблема сознавалась, только вмѣсто правовыхъ гарантій предполагались религіозно-моральныя обоснованія, которыя должны обезпечивать единеніе царя и народа, власти государства и мнѣнія земли. Въ политическомъ міровоззрѣніи славянофиловъ былъ нѣкоторый теократическій элементъ.

конности, выраженное въ ст. 47 старыхъ основныхъ законовъ: «Имперія Россійская управляется на твердыхъ основаніяхъ положительныхъ законовъ, уставовъ и учрежденій, отъ Самодержавной Власти исходящихъ». Наиболѣе глубокую и замѣчательную попытку обосновать эти начала мы находимъ въ монографіи Коркунова «Указъ и законъ» гдѣ доказывалась возможность при неограниченной монархіи формальнаго разграниченія между закономъ и указомъ, такъ какъ имъ могутъ соотвѣтствовать и въ русскомъ правѣ соотвѣтствуютъ два порядка ихъ созданія. Однако практически эта грань совершенно стиралась, что признано было и въ указѣ сенату 12 декабря 1904—признано неотложнымъ «принять дѣйствительныя мѣры къ охраненію полной силы закона—важнѣйшей въ Самодержавномъ Государствѣ опоры Престола»—и подробнѣе развито въ Высочайше утвержденномъ 6 іюня 1905 г. мнѣніи Государственнаго Совѣта [1]). Съ другой стороны, при этомъ строѣ не признавалась и свобода гражданина, какъ субъективное публичное право [2]).

Неудивительно, что въ многочисленныхъ программахъ преобразованія нашего государственнаго устройства въ ту эпоху, когда очевидной стала неизбѣжность такого преобразованія—неудивительно, что однимъ изъ основныхъ мотивовъ являлось исканіе путей, которые приводили бы Россію къ обращенію въ государство правовое. Сознавалось, что принципамъ послѣдняго старый порядокъ въ корнѣ не соотвѣтствовалъ; и въ этомъ, а не въ отдѣльныхъ хотя бы и глубокихъ техническихъ недостаткахъ, заключалась его историческая несовмѣстимость съ правовымъ развитіемъ Россіи. Здѣсь согласны были и защитники совѣщательнаго пред-

---

[1]) «Это коренное начало (законности, выраженное въ 77 ст.) вызываетъ необходимость точнаго опредѣленія признаковъ, при наличности коихъ велѣнія Верховной Власти принимаютъ силу закона. Между тѣмъ изложеніе нѣкоторыхъ касающихся сего предмета постановленій Основныхъ Законовъ до настоящаго времени остается недостаточно опредѣленнымъ».

[2]) Если можно сказать, напримѣръ, что 45 ст. старыхъ о. з. (67 ст. новыхъ) давала извѣстную вѣротерпимость, таковая присваивалась лишь историческимъ національнымъ и вѣроисповѣднымъ группамъ; никакого права религіознаго самоопредѣленія для отдѣльнаго русскаго подданнаго отсюда не вытекало. Здѣсь можно было бы примѣнить лабандовскую идею рефлекса объективнаго правопорядка съ большимъ правомъ, чѣмъ ее примѣняетъ авторъ.

ставительства на славянофильской или бюрократической основѣ и сторонники конституціоннаго строя; разногласіе начиналось лишь съ вопроса—какая компетенція народнаго представительства необходима для обезпеченія верховенства закона и гражданской свободы? Этотъ вопросъ, который въ подавляющемъ большинствѣ общественныхъ группъ разрѣшался въ пользу конституціонализма, волею Государя былъ окончательно разрѣшенъ въ манифестѣ 17 октября, совершенно явственно провозгласившемъ конституціонный принципъ. Характернымъ образомъ въ манифестѣ вмѣстѣ съ предоставленіемъ Государственной Думѣ участія въ законодательной власти возвѣщается осуществленіе всѣхъ главныхъ видовъ гражданской свободы [1]).

Можно себѣ представить, почему, разъ главнымъ грѣхомъ стараго строя оказывалась его неспособность хотя бы путемъ частичныхъ измѣненій (намѣченныхъ, напримѣръ, въ томъ же указѣ 12 декабря 1904 г.) сдѣлаться строемъ правовымъ, послѣдній мыслился въ совершенно конкретномъ видѣ и обычно отождествлялся съ основными чертами западноевропейскаго конституціоннаго государства. Въ этомъ направленіи наиболѣе отчетливое и обстоятельное рѣшеніе вопроса мы находимъ у В. М. Гессена въ его статьѣ «Теорія правового государства» [2]). Правовое государство здѣсь опредѣляется, какъ государство, которое «въ своей дѣятельности, въ осуществленіи правительственныхъ и судебныхъ функцій, связано и ограничено правомъ, стоитъ подъ правомъ, а не внѣ и не надъ нимъ» [3]). Подчиненіе праву есть подчиненіе закону, ибо законодательная дѣятельность государства

---

[1]) Такое утвержденіе вовсе не равнозначаще съ признаніемъ въ манифестѣ 17 октября опредѣленной юридической природы—напримѣръ, закона (В. М. Грибовскій, Государственное устройство и управленіе Россійской имперіи, с. 31) или акта провозглашенія, устанавливающаго первичныя нормы (Ѳ. Ѳ. Кокошкинъ, Юридическая природа манифеста 17 октября, Юридическій Вѣстникъ, кн. I, с. 55). Историческая важность великаго акта вовсе не зависитъ отъ той условной юридической конструкціи, которая можетъ быть къ нему примѣнена.

[2]) Въ сборникѣ: «Политическій строй современныхъ государствъ», т. I, с. 117; сборникъ этотъ вышелъ въ свѣтъ за нѣсколько мѣсяцевъ до манифеста 17 октября, когда Г. Думѣ еще предназначалась лишь законосовѣщательная роль.

[3]) Ib., с. 132.

не связана правомъ, ни положительнымъ,ни обычнымъ. Но законъ въ формальномъ смыслѣ (В. М. Гессенъ отрицаетъ, чтобы закону былъ присущъ какой-нибудь опредѣленный матеріальный характеръ) существуетъ лишь при обособленіи законодательной власти отъ исполнительной и судебной. Поэтому «правовымъ государствомъ является государство, осуществившее въ своей организаціи начало обособленія властей. Осуществленіе этого начала возможно не иначе, какъ въ условіяхъ представительной формы правленія.Правовое и конституціонное государство—синонимы»[1]). Отсюда далѣе вытекаетъ признаніе, что члены государственнаго союза—не только подданные,но и граждане; отсюда,наконецъ,слѣдуетъ необходимость такихъ институтовъ, какъ административная юстиція, отвѣтственность министровъ.

Очевидно, указанныя начала не въ равной мѣрѣ и не въ одинаковой формѣ осуществляются во всѣхъ конституціонныхъ государствахъ. Вполнѣ правильно усматривая и подчеркивая основное различіе дуалистическаго и парламентарнаго строя, В. М. Гессенъ говоритъ здѣсь о «двухъ типахъ правового государства», при чемъ болѣе совершеннымъ типомъ является, естественно, парламентаризмъ: «истинно-демократическое правовое государство не можетъ не быть парламентарнымъ, ибо парламентаризмъ является... вѣнцомъ конституціоннаго режима». Если, такимъ образомъ, могутъ быть постепенности въ осуществленіи правового государства, то ихъ мы находимъ и въ выраженіи конституціоннаго принципа, но если такъ, не обращается ли положеніе: правовое государство есть конституціонное—въ тождесловіе? А между тѣмъ ясно чувствуется, что подобнаго тождесловія здѣсь нѣтъ, что эпитеты «правовой» и «конституціонный» опредѣляютъ государство съ различныхъ сторонъ. У самаго В. М. Гессена правовое государство есть какъ бы нѣкое заданіе, а конституціонализмъ его осуществленіе: тотъ, кто стремится къ первому, долженъ быть сторонникомъ второго, противникомъ совѣщательнаго представительства и т. п. При этомъ центръ тяжести въ соотвѣтствіи со всѣми условіями времени переносится именно на вторую часть—на осуществленіе. Въ соотвѣтствіи съ условіями времени,—ибо наличность заданія признана была

---

[1]) Ib., с. 135.

единодушно,—чувствовалась потребность сосредоточиться не на болѣе углубленномъ разборѣ теоретическихъ основанiй проблемы, а на практическихъ,конкретныхъ ея разрѣшенiяхъ[1]).

Въ этомъ смыслѣ хотя выводы А. С. Алексѣева близко подходятъ къ положенiямъ В. М. Гессена, они значительно отличаются въ обоснованiи. А. С. Алексѣевъ видитъ сущность правового государства въ признанiи верховенства права. Послѣднее при современной обстановкѣ выражается въ трехъ условiяхъ: а) не можетъ быть измѣненiй правопорядка въ государствѣ безъ участiя народнаго представительства; б) не можетъ быть безотвѣтственныхъ правительственныхъ актовъ, хотя могутъ быть безотвѣтственные органы; в) долженъ существовать правильный судъ[2]). При такомъ опредѣленiи наличность конституцiоннаго строя, конечно, является предпосылкой, но не всякое конституцiонное государство можетъ быть признано правовымъ. Мы знаемъ конституцiи, отрицающiя принципъ министерской отвѣтственности (Японiя, Россiя). Не соотвѣтствуетъ правовому государству и довольно часто встрѣчающееся въ конституцiяхъ право чрезвычайныхъ указовъ (Notverordnungsrecht)[3]). Съ другой стороны, намѣченныя черты правового государства оставляютъ широкiй просторъ въ ихъ осуществленiи. Требованiе, напримѣръ, чтобы не было безотвѣтственныхъ правительственныхъ актовъ, можетъ быть достигнуто различной организацiей отвѣтственности—и въ частности нельзя здѣсь считать парламентаризмъ за единственную

---

[1]) Н. И. Лазаревскiй, отрицая правовую ограниченность государственной власти и признавая полную свободу власти законодательной, отмѣчаетъ, что понятiе верховенства закона слагается изъ двухъ элементовъ: а) признанiя подзаконности всѣхъ актовъ государственной власти, кромѣ самого закона, b) формальнаго внѣшняго обособленiя закона отъ другихъ актовъ государственнаго властвованiя. Можно было бы сказать, что понятiе правового государства соотвѣтствуетъ первому, а понятiе конституцiоннаго—второму элементу. См. Русское государственное право, т. I, с. 103. Впрочемъ Н. И. Лазаревскiй вообще не говоритъ о правовомъ государствѣ.

[2]) Начало верховенства права въ современномъ государствѣ. Вопросы права, кн. II, с. 15.

[3]) Происхожденiе чрезвычайнаго указнаго права и его политическое значенiе. Юридическiй Вѣстникъ, кн. I, с. 57.

подходящую форму: А. С. Алексѣевъ ссылается на отсутствіе парламентаризма въ федеративныхъ странахъ, подобныхъ Соединеннымъ Штатамъ и Швейцаріи съ вполнѣ утвержденнымъ господствомъ права [1]). Поэтому, если, по его словамъ, правовое государство возможно лишь въ формѣ конституціоннаго государства, то не всякое конституціонное государство есть правовое. А главное—въ этомъ послѣднемъ осуществляется не только верховенство закона надъ другими актами государственной власти, но и верховенства права надъ закономъ. «Не законъ даетъ силу праву, а право даетъ силу закону», и законодатель долженъ не создавать, а находить право, выработанное въ сознаніи общества [2]). Такимъ образомъ, анализъ понятія правового государства неизбѣжно выходитъ за предѣлы формально юридическихъ рамокъ.

Къ подобному метаюридическому пониманію правового государства приходитъ Н. И. Паліенко въ своей монографіи: «Ученіе о существѣ права и правовой связанности государства». Эта связанность не исчерпывается тѣмъ, что администрація и судъ подчинены закону: неограниченной не можетъ быть признана и законодательная власть. Послѣдняя связана коллективнымъ признаніемъ подвластныхъ: «Мы должны искать» — говоритъ Н. И. Паліенко,—«объясненія правового ограниченія государства не въ самоопредѣленіи его какъ субъекта, носителя общественной власти, а въ опредѣленіи его другимъ, въ нормативномъ сознаніи той массы, которую въ конструкціи государственныхъ отношеній противопоставляютъ государству, какъ подданныхъ и гражданъ, и съ которыми государство, какъ субъектъ властвованія, мыслится стоящимъ въ юридическихъ отношеніяхъ» [3]). Переходъ къ конституціонному строю является здѣсь лишь предварительнымъ условіемъ. [4]).

---

[1]) Рецензія на книгу С. Котляревскаго, Правовое государство и внѣшняя политика. Вопросы права, кн. III, с. 131.

[2]) Начало верховенства права, Вопросы права, кн. II, с. 13.

[3]) Ученіе о существѣ права и правовой связанности государства, с. 336.

[4]) Ср. Правовое государство и конституціонализмъ. Вѣстникъ права, 1906, кн. I, с. 127: «правовое государство должно осуществлять не только формальную свободу личности, но и нормы соціальной справедливости»—

У Ѳ. Ѳ. Кокошкина мы встрѣчаемъ, съ одной стороны, признаніе, «что конституціонное государство есть практическое осуществленіе идеи правового государства», а съ другой, что «эта идея съ давнихъ поръ развивалась въ политическихъ ученіяхъ». Его смыслъ въ связанности государства правомъ: члены государственнаго союза суть не только носители обязанностей, но и субъекты права, не только подданные, но и граждане. Элементы правовой связанности присущи даже деспотизму: особенности же конституціоннаго государства лежатъ въ гарантированномъ характерѣ его подчиненія праву. Такимъ образомъ, зародыши правового государства какъ бы возможны и за предѣлами конституціоннаго, а съ другой стороны — его практическое осуществленіе допускаетъ цѣлый рядъ постепенностей [1]).

Среди русскихъ административистовъ особое вниманіе правовому государству посвящаетъ А. И. Елистратовъ. Онъ противополагаетъ правовое государство полицейскому, на смѣну котораго оно явилось. Нельзя сказать, чтобы это совершенно соотвѣтствовало переходу отъ абсолютизма къ конституціонализму. Въ основѣ правового государства лежитъ «идея автономной личности, противопоставленная режиму полицейской опеки надъ обывателемъ». «Чтобы во всей своей полнотѣ воплотиться въ жизнь, она должна была перестроить весь существующій порядокъ, сверху и до низу». Современное государство представляетъ лишь копромиссъ начала полицейской опеки и личной автономіи; по пути осуществленія послѣдняго принципа ему предстоитъ еще развиваться. Такимъ образомъ, для А. И. Елистратова правовое государство есть государство, признающее автономію личности гражданина; положеніе его здѣсь опредѣляется «свойствомъ власти, приписываемой идеальной личности государства, степенью развитія начала самоуправленія и степенью усвоенія государственной дѣя-

---

поэтому, настаиваетъ Н. И. Палієнко, «правовое государство въ своемъ развитіи такъ же далеко не сказало своего послѣдняго слова, какъ и самое право, господство котораго оно гарантируетъ и содержаніе котораго оно совершенствуетъ въ интересахъ культурнаго развитія человѣческихъ обществъ».

[1]) Лекціи по общему государственному праву, с. 261.

тельностью характера общественнаго служенія»[1]. Здѣсь чрезвычайно выразительно и точно указана эта постепенность въ осуществленіи правового государства, которая не позволяетъ его отождествить съ опредѣленнымъ устройствомъ, а съ другой стороны, метаюридическій характеръ лежащаго въ его основѣ принципа: очевидно, идея автономной личности не умѣщается ни въ какія формально-юридическія рамки, хотя ея воплощеніе и предполагаетъ опредѣленныя черты государственнаго устройства и управленія въ данную эпоху и въ данной средѣ[2].

Ясны причины, по которымъ при переходѣ къ новому строю идея правового государства въ русской литературѣ получила такое совершенно конкретное истолкованіе. Не менѣе ясно, что русская правовая мысль не могла остановиться на послѣднемъ, что и въ этой области, какъ въ столькихъ другихъ, ей необходимо было прежде всего разграничить неизмѣнныя цѣли и преходящія средства ихъ выполненія. Проблема правового государства уже не можетъ плодотворно ставиться съ одной непосредственной вѣрой во всемогущество права и учрежденій, съ забвеніемъ того кризиса современнаго правосознанія, который такъ мастерски изображенъ въ монографіи П. И. Новгородцева.

Изъ этого пестраго матеріала литературы, посвященной правовому государству, могутъ быть извлечены извѣстныя общія черты. Правовое государство не тождественно съ конституціоннымъ, хотя въ современныхъ условіяхъ осуществленіе конституціоннаго строя есть необходимая его предпосылка. Особенное значеніе здѣсь имѣетъ верховенство закона и отвѣтственность, связанная съ актами государственнаго властвова-

[1]) Основныя начала административнаго права, с. 17.

[2]) Среди новѣйшихъ русскихъ работъ касается промблемы правового государства статья П.А. Покровскаго: «О государственной власти. Опытъ монистической конструкціи юридической сущности правового государства», въ Юридическихъ Запискахъ Демидовскаго лицея 1914 г. №№ 3—4. Авторъ въ общемъ стоитъ на почвѣ взглядовъ, родственныхъ Краббе и отчасти Аффольтеру. Монизмъ приводитъ П. А. Покровскаго къ совершенному устраненію государственной власти, какъ самостоятельнаго начала. Намъ кажется этотъ путь безнадежнымъ. Какого-либо отчетливаго облика не получаетъ правовое государство и у автора приводимой работы при всемъ ея несомнѣнномъ интересѣ.

нія — отвѣтственность, которая постепенно расширяется и углубляется. Этими началами обезпечивается сохраненіе наиболѣе существеннаго въ правовомъ смыслѣ—того, что государство, само субъектъ права, признаетъ и другихъ субъектовъ права, не только частнаго, но и публичнаго,—признаетъ это качество за отдѣльными своими членами и за ихъ соединеніями. Здѣсь лежитъ essentiale: внѣ предѣловъ его могутъ быть весьма большія различія. Положительная дѣятельность государства, широта его законодательныхъ задачъ, границы его вмѣшательства прямо этимъ не затрагиваются. Принципъ правового государства представляется совмѣстимымъ съ разнообразными программами и идеалами соціальной и культурной политики. Признаніе государствомъ этихъ правовыхъ граней, окружающихъ отдѣльнаго человѣка или отдѣльный союзъ людей, имѣетъ метаюридическую основу: оно скорѣе предполагается государственнымъ устройствомъ, чѣмъ вытекаетъ изъ него [1]). Оно вытекаетъ изъ очень глубокой, вѣковымъ опытомъ укрѣпленной потребности создать извѣстное равновѣсіе между властвованіемъ и самосохраненіемъ подвластнаго и этимъ въ возможныхъ предѣлахъ примирить чувство личной свободы и сознаніе неустранимой зависимости.

---

[1]) Поскольку мы остаемся строго въ предѣлахъ юридическаго формализма, намъ иногда крайне трудно рѣшить, имѣется ли налицо субъективное право или рефлексъ объективнаго порядка. Объ этомъ интересныя замѣчанія по поводу юридической природы парламентскаго иммунитета у Л. Шалланда, Иммунитетъ народныхъ представителей, т. II, с. 87.

Глава III.

ИСТОРИЧЕСКІЯ ВОПЛОЩЕНІЯ.

Правовое государство предполагаетъ наличность опредѣленнаго правосознанія, — рядъ представленій о правѣ и его обязательности, которая чѣмъ-то отличается отъ обязательности моральной, религіозной и т. п. Правда, эти отличія часто болѣе ясны въ теоріи, чѣмъ въ дѣйствительности, и это мы постоянно видимъ, когда стараемся объяснить поведеніе людей, чувствующихъ и признающихъ извѣстныя обязанности. Здѣсь лежитъ одна изъ основныхъ трудностей психологической теоріи права. Беря ее въ выраженіяхъ Л. І. Петражицкаго, мы часто бываемъ безпомощны опредѣлить, гдѣ передъ нами переживаніе императивное и гдѣ—императивно-аттрибутивное; далеко не всегда въ состояніи сдѣлать это и самый субъектъ данныхъ перживаній, не пріучившій себя къ психологическому самоанализу. Когда мы имѣемъ дѣло съ массовыми переживаніями и ихъ отношеніемъ къ дѣйствующему порядку, эта трудность только возрастаетъ [1]). Кельсенъ возражаетъ противъ теоріи гарантированныхъ нормъ, ибо здѣсь правовыя велѣнія и запреты защищаются внѣ-правовыми мотивами — преклоненіемъ не передъ авторитетомъ государства, а передъ моралью и религіей [2]). Но это чисто отвлеченное противоположеніе. Во всякомъ случаѣ въ живой человѣческой психологіи указанные мотивы переплетаются самымъ сложнымъ образомъ. Впрочемъ, самъ Кельсенъ, который такъ настаиваетъ на совершенной опредѣленности

---

[1]) Это особенно бросается въ глаза при попыткахъ примѣнить психологическое истолкованіе къ такимъ явленіямъ, какъ парламентаризмъ, когда ставится вопросъ: есть ли обязанность министерства быть солидарнымъ съ парламентомъ правовая или морально-политическая?

[2]) Kelsen, Hauptprobleme der Staatswissenschaftslehre, S. 224.

различія нравственныхъ и правовыхъ нормъ, признаетъ, что она проявляется особенно, когда послѣднія даны въ формѣ законовъ, но существенно затемняется, напримѣръ, при господствѣ обычая [1]).

Между тѣмъ понятіе правового государства выражаетъ отвѣтъ на потребность, которая восходитъ къ очень раннимъ эпохамъ человѣческой культуры. Намъ нѣтъ надобности дѣлать оговорки, насколько трудно проникновеніе въ эти эпохи вообще, и насколько эта трудность возрастаетъ, если мы хотимъ возстановить не картину матеріальнаго быта тогдашнихъ людей, а образъ ихъ вѣрованій, чувствованій, представленій. Отсюда именно здѣсь огромныя разногласія въ свидѣтельствахъ, которыми мы обладаемъ относительно психики первобытныхъ народовъ. Главный источникъ—языкъ дѣлается здѣсь особенно обманчивымъ, или, лучше сказать, мы особенно легко поддаемся обычному невольному искушенію влагать въ слова привычный намъ смыслъ. Достаточно вспомнить, какъ трудно для современнаго человѣка понять многія своеобразія даже средневѣковаго мышленія. Но все-таки мы обладаемъ достаточными данными, чтобы судить, насколько малой расчлененностью отличалась человѣческая психика на раннихъ стадіяхъ ея культурнаго пути, насколько сплетались обычай и нравственность, право и религія [2]).

Подобное смѣшеніе встрѣчаемъ мы, обращаясь къ лучше изученнымъ индоевропейскимъ древностямъ. По словамъ Шра-

---

[1]) Ib., S. 35.

[2]) О нерасчлененности первобытнаго мышленія и первобытной культуры («the undifferentiated character») тонкія замѣчанія у Crawley, The mystic rose p. 4. Этому нисколько не противорѣчитъ, что въ первобытныхъ религіяхъ мы видимъ такъ мало этическихъ элементовъ, что физической мощи божества совершенно не соотвѣтствуетъ его нравственная природа. Первобытную религію надо сопоставлять съ первобытной же этикой. Наоборотъ, нравственное начало въ религіи явственно проявляется тогда, когда эта область пріобрѣтаетъ въ сознаніи людей извѣстную самостоятельность. Этическій паѳосъ, присущій высшимъ религіямъ человѣчества предполагаетъ раздѣльность сторонъ нашего духа, а не первоначальное ихъ смѣшеніе. Идея вырожденія первобытной этической религіи, время отъ времени повторяется (напр., въ книгѣ Andrew Lang, The making ol religion), но никакихъ новыхъ данныхъ въ ея пользу не приводится.

дера, древнѣйшее понятіе о правѣ, выражающееся въ корнѣ ṛtá охватываетъ и правовой, и космическій порядокъ (Лейстъ сопоставляетъ его съ naturalis ratio, въ его контрастѣ къ civilis ratio). Позднѣе таковой характеръ сохраняетъ и санскритское dhárman, которое Шрадеръ передаетъ черезъ нѣмецкое «das Feststehende»: «въ немъ заключаются еще нераздѣльныя понятія права, религіи и этики—и Dharmaçâstra или книги права содержатъ предписанія изо всѣхъ трехъ областей» (по Лейсту dharma соотвѣтствуетъ ritus и *ὅσιον*) [1]).

Въ превосходной работѣ Гирцеля, представляющей такой огромный интересъ для исторіи основныхъ правовыхъ идей [2]), прослѣжено движеніе соотвѣтственныхъ понятій у древнихъ грековъ. Для ихъ слуха *θέμις* обозначаетъ природу, привычку, правило политической и соціальной жизни, но коренное его значеніе—образъ добраго совѣта, какъ источника этихъ правилъ, ставшихъ привычкой [3]). Здѣсь все еще нерасчленено: *θέμις* охватываетъ всю область *πρέπον*; *οὐ θέμις* означаетъ недозволенное въ самомъ широкомъ смыслѣ [4]). Не то въ словѣ *δίκη*, выражающемъ скорѣе болѣе позднюю стадію мысли. Можно было-бы найти нѣкоторый символическій смыслъ въ томъ миѳологическомъ представленіи, которое сдѣлало изъ Дике дочь Ѳемиды, пекущейся богини, и надѣлило первую болѣе строгими чертами лица, дало ей налагать кары—вообще постепенно подготовило ея превращеніе въ Эринію [5]). Здѣсь уже отчетливо выступаетъ правовой смыслъ понятія: на *δίκη* основывается правотворческое рѣшеніе суда, его способность и задача — прекращать споры, и въ этомъ смыслѣ существуетъ противоположность образовъ, связанныхъ съ *δίκη* и съ *ἔρις* [6]).

---

[1]) Schrader, Reallexicon der indogermanischen Altertumskunde, S. 656: ср. Max Muller, The origin and growth of religions, p. 235. Leist, Graeco-italische Rechtsgeschichte, S. 175; его же Altarisches Jus Gentium, p. 573.

[2]) Hirzel, Themis, Dike und Verwandtes. Leipzig, 1907.

[3]) Ilias, II, 72:

Ἀλλ' αγετ', αἴ κέν πως θωρήξομεν υἷας Ἀχαιῶν
Πρῶτα δ' ἐγὼν ἔπεσιν πειρήσομαι, ἣ θέμις ἐστίν.

[4]) Hirzel, S. 48.

[5]) Ib., S. 57.

[6]) S. 83 — особенно Anm. 2, ссылка на Гераклита. Другой контрастъ лежалъ между понятіями δίκη и βία—у Гезіода Ἔργα καὶ ἡμέραι v. 275.

Но *θέμις* и *δίκη* какъ fas и ius (между этими греческими и латинскими словами можно установить лишь извѣстный параллелизмъ, значеніе ихъ далеко не было тождественно) отнюдь не могутъ быть противопоставляемы, какъ сакральное и свѣтское право—такъ-сказать два отдѣла права: этотъ взглядъ, развитый особенно у Лейста [1]), Гирцель рѣшительно отвергаетъ—ибо все право снабжено было сакральной санкціей [2]). Наконецъ, и въ германской древности (Шрадеръ гипотетически сближаетъ готское doms съ греческимъ *θέμις* и санскритскимъ dhâ'man [3]) мы видимъ такую же нерасчлененность обычая, права и религіи.

Все это приходится имѣть въ виду, когда мы говоримъ о древне-восточныхъ теократіяхъ. Моль въ своей классификаціи противополагаетъ теократическое и правовое государство, и эта противоположность кажется на первый взглядъ безспорной: развѣ не соединяется обычно со словомъ теократія мысль о всемогуществѣ власти и правовомъ безсиліи подвластныхъ? Несомнѣнно, однако, соотвѣтствующее этому слову понятіе принадлежитъ къ числу наиболѣе трудно опредѣлимыхъ и многосмысленныхъ. Іеллинекъ указалъ, что имъ могутъ обозначаться два совершенно различныхъ типа государства [4]). Въ одномъ носитель власти является прямымъ воплощеніемъ или по крайней мѣрѣ ближайшимъ представителемъ божества—образъ, извѣстный намъ изъ исторіи Египта, Китая, Перу. Здѣсь въ обязанности повиновенія неразрывно сливается религіозная и политическая сторона, неповиновеніе есть вызовъ нравственному и даже космическому порядку—создается почва для самаго крайняго деспотизма. Въ другомъ типѣ теократіи воля божества и его представителей ограничиваетъ политическое могущество свѣт-

---

[1]) Graeco-italische Rechtsgeschichte, S. 209. Лейстъ ссылается на Одиссею, IX, 215.

[2]) Hirzel, S. 157 u. s. w. Интересно о смыслѣ выраженія θέμις καὶ δίκη S. 157, Anm. 6. Иначе у Ihering, Geist des römischen Rechtes, T. I, S. 259: «das Fas des alten Roms ist das ius canonicum des späteren». Это не сходится съ опредѣленіемъ Ульпіана—Dig, L. I, tit. 1, 1 § 2: publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit.

[3]) Schrader, S. 659.

[4]) Das Recht des modernen Staates, S. 261.

скаго правителя: религіозная санкція дается ему лишь условно и легко можетъ быть обращена въ санкцію его отверженія. Здѣсь подъ защитой религіозныхъ нормъ способна сохраняться относительная обезпеченность гражданъ, какъ она сохраняется въ другія эпохи и въ другой обстановкѣ подъ покровомъ нормъ правовыхъ. Образуется степень свободы, которая какъ будто даже не соотвѣтствуетъ чисто политической сторонѣ въ организаціи даннаго государства. Примѣромъ такой теократіи можетъ служить іудаизмъ. Не будемъ даже спорить съ Кельсеномъ—пусть такое ограниченіе власти вытекаетъ изъ мотивовъ, совершенно чуждыхъ правовымъ нормамъ: важно, что эти внѣ-правовые мотивы преобразуютъ общественную жизнь въ томъ же направленіи, что и сложившіяся нормы права. Такимъ образомъ, велѣнія божества, обращенныя къ смертнымъ, могутъ быть истолкованы въ разныхъ смыслахъ: теократія то оказывается на противоположномъ полюсѣ по сравненію съ правовымъ государствомъ, то становится чуть ли не смежной съ нимъ формой, способной удовлетворить тому же самому запросу [1]). Надо только помнить, что этотъ религіозный элементъ можетъ быть достояніемъ оффиціальной теоріи, о которой мало заботится практика жизни, слѣдующая своимъ потребностямъ и интересамъ. Это противоположность часто бросается въ глаза, напримѣръ, при изученіи средневѣковаго міра, гдѣ такъ много обращалось теократическихъ формулъ, чисто отвлеченныхъ.

Съ этими оговорками должны мы подходить къ государству древняго Востока, о которомъ, какъ о чемъ-то духовно однообразномъ, лишаютъ возможности говорить новѣйшія изслѣдованія. Одно изъ величайшихъ открытій въ этой области, вавилонскіе законы Гаммураби, раскрывающіе передъ нами такую высокую и сложную государственную организацію, какъ будто гораздо болѣе развитую, чѣмъ каролингская монархія, поражаютъ своимъ свѣтскимъ характеромъ [2]). Земныя цѣли, осуществля-

---

[1]) Ср. замѣчанія о контрастѣ теократіи и іерократіи у Saalschütz, Das mosaische Recht, T. I, S. 22.

[2]) Hammurabi's, Gesetze von Kohler und Peiser, B. I Uebersetzung. Объ этомъ свѣтскомъ характерѣ законодательства, ib., S. 137. Ср. Boscawen, The first of Empires, p. 195.

емыя посредствомъ подробной регламентаціи, которыя позволяла бы здѣсь говорить о полицейскомъ государствѣ, вовсе не принесены въ жертву небеснымъ. Какой поучительный контрастъ съ законодательствомъ Ману, гдѣ надъ всѣми соображеніями господствуетъ страхъ нарушить священную традицію [1]).

Если оставаться въ предѣлахъ семитическаго міра и обратиться къ евреямъ, можно найти такія же различія. Древнѣйшимъ доступнымъ нашему изученію памятникомъ еврейскаго права, повидимому, слѣдуетъ считать собраніе повелѣній, обращенныхъ къ народу и содержащихся въ Исходѣ, гл. 20—23 [2]). Несмотря на яркую религіозную окраску и здѣсь можетъ быть выдѣлена часть, опредѣленно относящаяся къ свѣтскому праву (21,1—22,17) [3]). Въ общемъ, однако, не подлежитъ сомнѣнію, Востокъ, родина великихъ религій, представляетъ благопріятную почву для того, чтобы государственныя и общественныя отношенія не только пріобрѣтали внѣшнюю религіозную оболочку, но проникались такъ сказать вглубь религіозными традиціями и вѣрованіями. Тамъ, гдѣ мы находимъ такъ много теократій, тамъ теократія легко кажется необходимой и соотвѣтстующей сознанію народовъ формой властвованія и подчиненія [4]).

Въ той всемірно-исторической перспективѣ, которую намъ

---

[1]) Этотъ традиціонализмъ постоянно подтверждается въ законахъ Ману—напримѣръ, I, 108; II, 6, 9, 20 etc. (Le lois de Manou, trad. par Stretey въ Annales du Musée Guimet, v. II). Основной долгъ царя—заставить каждый классъ исполнять его обязанности, предписываемыя религіозными традиціями: пренебреженіе ими грозитъ всему мірозданію—VII, passim (особ. 24, 35); объ отношеніяхъ царя и браминовъ—VI, 37, 38, 58; XI, 4. Ср. у Dareste, Etudes d'histoire du droit, p. 63: les anciens codes brahmaniques. Благодѣянія царской власти, абсолютной и неограниченной, перечисляются въ Рамаянѣ съ такой восточной пышностью, передъ которой скромнымъ и непритязательнымъ кажется гомеровское: οὐκ ἀγαθὸν πολυκοιρανίη;—Holtzmann, Indische Sagen, B. II, S. 314.

[2]) О «Bundesbuch», Cornill, Einleitung in das alte Testament, S. 73. Объ аналогіяхъ между Bundesbuch и законами Гаммураби—у Ieremias, Moses und Hammurabi, S. 33; подробная монографія Müller Die Gesetze Hammurabis und ihr Verhältniss zur mosaischen Gesetzgebung (выводы, S. 174—205).

[3]) Nowack, Lehrbuch der hebräischen Archäologie S. 318.

[4]) Leist, Graeco-italische Rechtsgeschichte, S. 175.

приходится брать, особенное значеніе, конечно, имѣетъ іудаизмъ. Обыкновенно съ нимъ связывается образъ исключительности и односторонней силы въ духовномъ развитіи,— такъ изображаютъ это развитіе многочисленныя сравнительныя характеристики арійскаго и семитическаго духа, блестящимъ примѣромъ которыхъ можетъ служить у Ренана первая глава его исторіи семитическихъ языковъ [1]. Но эта односторонность заключала въ себѣ различныя до противоположности религіозныя потенціи. Изъ нея могъ развиться крайній ритуализмъ, основы котораго мы уже находимъ въ видѣніяхъ Іезекіиля, гдѣ жизнь властвующихъ и подвластныхъ введена въ рядъ строгихъ церковно-правовыхъ предписаній. Священническая теократія, создавшаяся среди плѣненія «на рѣкахъ вавилонскихъ», сама пріобрѣтающая внѣшній т. с. юридическій характеръ—ставитъ однако наличной власти извѣстныя границы [2]. «Это его земля, его владѣніе въ Израилѣ, чтобы князья мои впередъ не тѣснили народа моего и чтобы предоставили землю дому Израилеву по колѣнамъ его». «Такъ говоритъ Господь Богъ: довольно вамъ, князья Израиля! отложите обиды и угнетенія и творите судъ и правду, перестаньте вытѣснять народъ мой изъ владѣнія его» (Іез. 45, 7—8). Codex Leviticus, составленный, когда государственная самостоятельность Іудеи была безповоротно утрачена, но оставалась извѣстная автономія, возможность устроить по своему народный бытъ, изображаетъ религіозную общину; свѣтской власти совершенно не видно, но и полномочія священниковъ введены въ рамки предписаній и предоставленій закона. Передъ нами также своеобразное «господство закона», весьма далекое отъ жреческаго произвола нѣкоторыхъ восточныхъ теократій. Отсюда уже

[1]) Histoire générale des langues sémitiques, partie I, p. 5—17 (2 ed.); ср. его Histoire du peuple d'Israël, v. I, ch. 4 (p. 45). Ср. Robertson Smith, Lectures on the religion of the semites (p. 8) и у Dareste въ Etudes d'histoire du droit этюдъ: le droit israélite (p. 18).

[2]) Замѣчательно, что вмѣстѣ съ подобнымъ ритуализмомъ Іезекіилъ проникнутъ глубокимъ чувствомъ личной отвѣтственности и личнаго воздаянія, чувствомъ, которому присущъ своеобразный нравственный паѳосъ. См. особенно гл. 18 и 33. Срав. Второзаконіе, 24, 16. О сродствѣ Іезекіиля и средневѣковаго католицизма у Stade, Geschichte des Volkes Israel, B. II, S. 59.

явственно виденъ переходъ и къ позднѣйшему іудаизму, гдѣ значительная часть религіи приняла формы права, и праведность начинаетъ пониматься какъ требованіе безусловнаго соблюденія точно установленныхъ предписаній и нормъ.

Но рядомъ съ этой священнической теократіей [1]) израильскій міръ зналъ идеалъ теократіи пророческой, если можно употребить это сочетаніе словъ [2]). Какое разстояніе между напряженной, поглощающей заботой о ритуальной точности, которую мы находимъ въ послѣднихъ главахъ Іезекіиля, и радостными мессіанскими упованіями у возвѣстителя новаго Іерусалима—Второисаіи (Ис. 40—66). Откровеніе религіознаго универсализма, раскрытіе безконечнаго духовнаго содержанія въ образахъ, которые раньше были запечатлѣны господствомъ племенного и мѣстнаго культа, [3]) пламенная вѣра въ нравственный міропорядокъ и не менѣе пламенная проповѣдь личной и общественной правды—все это дано было въ словахъ и писаніяхъ пророковъ. Здѣсь человѣческому эгоизму и своеволію противопоставлялась не только внѣшняя грань—ему предлагалось очистить свою внутреннюю природу передъ Богомъ, который хочетъ милости, а не жертвы, которому

---

[1]) Wellhausen, Israelitische und judische Geschichte, S. 182: «die ganze Gemeinde ist ein heiliges Volk und ein Reich von Priestern... Heilig ist geistlich,priesterlich;das Göttliche halten an den rituellen Observanzen» etc. Вельгаузенъ подчеркиваетъ, что этотъ характеръ священной общины предполагаетъ чужеземное владычество: онъ могъ возникнуть, лишь когда государство пало.

[2]) Лишь съ большими оговорками можно принять положеніе Вельгаузена: «den Propheten ist an der Hand der Weltgeschichte der furchtbare Ernst der Gerechtigkeit Jahves aufgegangen, sie sind die Bergünder der Religion des Gesetzes, nicht die Vorläufer des Evangeliums». Israelitische und judische Geschichte, S. 115. Этому не соотвѣтствуетъ слѣдующая за симъ характеристика Осіи (S. 117). Можно лишь принять, что Второзаконіе само основано на проповѣди пророковъ (S. 136), хотя сосредоточеніе культа въ Іерусалимѣ и заключало зародыши грядущей теократіи,далекой отъ этой проповѣди. Вмѣсто первоначальнаго сліянія здѣсь жизнь церкви отдѣляется отъ государства, хотя послѣднее еще не исчезаетъ, какъ въ Codex Leviticus.

[3]) О томъ, что въ ранней израильской религіи было общаго съ другими семитическими народностями, Robertson Smith, Religion of the semites p. 75.

нельзя угодить, «тысячами овновъ и несчетными потоками елея», ибо другого онъ требуетъ: «дѣйствовать справедливо, любить дѣла милосердія, смиренномудренно ходить передъ Богомъ» (Михей 6, 7—8), требуетъ духовняго обрѣзанія (Іеремія 4, 4; 6, 10). «Удали отъ меня шумъ пѣсней твоихъ», возвѣщаетъ Господь Амосу, «ибо звуковъ гуслей твоихъ я не буду слушать. Пусть, какъ вода, течетъ судъ, и правда, какъ сильный потокъ!» (Ам. 5, 23—24). Мысли, которыя повторитъ и послѣдній пророкъ Малахія (2, 6—7) [1]).

Этотъ строй чувствъ и стремленій, хотя бы они не воплощались въ учрежденія и законы, не можетъ проходить безслѣдно для государственнаго и общественнаго порядка: произволъ самовластія какъ нельзя болѣе ему противиположенъ, и авторитетный голосъ пророка является сдерживающей силой: пренебречь ею значитъ какъ бы сознательно вступить на путь неприкрытой, лишенной какихъ-бы то ни было санкцій, силы. Богъ говоритъ въ пророкахъ, самъ избирая ихъ непосредственно изъ среды своего народа; отвѣтятъ передъ Нимъ тѣ, кто не послушаетъ словъ истиннаго пророка [2]). Мы встрѣчаемся здѣсь съ положеніемъ, которое часто повторяется въ исторіи Израиля и Іудеи, какъ она передана намъ въ Книгѣ Царствъ[3]). Критика источниковъ можетъ разрушить представленіе объ

---

[1]) Нельзя не присоединиться къ одушевленнымъ словамъ Корнилля, которыми онъ заканчиваетъ свою книгу «Der israelitische Prophetismus»: исторія всего человѣчества не произвела ничего, что хотя бы отдаленно можно сравнить съ израильскими пророками; черезъ нихъ Израиль сдѣлался пророкомъ человѣчества, S. 177. Ср. Darmesteter, Les prophètes d'Israël, p. XV: «Jéhovah n'était que l'apothéose de l'âme humaine, leur propre conscience projetée au ciel. Or la parole de ces vieux prophètes comme elle est la plus antique, est aussi la plus jeune, et l'âge nouveau ni dans ses philosophes, ni dans ses moralistes, ni dans ses poètes, ni même dans ses manuels de morale municipale, n'a encore trouvé de parole, qui ait une puissance magique comme celle-là».

[2]) Второз., 18,18—20. Въ Дѣяніяхъ, 3, 22—23 это мѣсто понимается въ мессіанскомъ смыслѣ.

[3]) Характеренъ въ этомъ смыслѣ особенно разсказъ объ Ахавѣ, овладѣвшемъ виноградникомъ Навуѳея и объ изобличеніи его и Іезавели Иліей. 3 Цар., 21.

исторической достовѣрности разсказываемыхъ событій, она не можетъ поколебать заключающагося въ самомъ разсказѣ свидѣтельства о народномъ сознаніи и чувствѣ. Эти духовныя откровенія, внесенныя дѣятельностью и проповѣдью пророковъ, не погибли въ великихъ катастрофахъ, которыми заканчивается исторія израильскаго и іудейскаго государствъ, и ихъ не заглушилъ позднѣйшій ритуализмъ[1]).

Соотвѣтственно имъ было понято все прошлое народа. Истинный властитель его—Богъ Саваоѳъ [2]), открывающійся въ громѣ и молніи, прежде чѣмъ онъ открылся своему пророку въ тихомъ вѣтрѣ [3]), обнаруживающій свои рѣшенія черезъ уримъ и тумимъ. Онъ господствуетъ въ землѣ Израиля: «землю не должны продавать навсегда, ибо моя земля; вы пришельцы и поселенцы у меня» [4]). Когда земные владыки народовъ опьяняются чувствомъ собственнаго могущества, когда они требуютъ признать въ ихъ капризной волѣ единственный подлинный законъ, когда ими овладѣваетъ состояніе, обозначенное у грековъ столь типичнымъ словомъ ὕβρις—ихъ обыкновенно настигаетъ карающая божеская рука.

Опасеніе этого самовластія явственно сказывается и въ нѣкоторомъ недовѣріи къ монархической власти вообще. Извѣстно, какимъ могущественнымъ полемическимъ оружіемъ оказались въ рукахъ монархомаховъ и республиканцевъ эпохи религіозныхъ войнъ XVI и XVII вѣковъ нѣкоторыя мѣста изъ Библіи. Среди нихъ особенно выдѣляется

---

[1]) Апологію въ этомъ смыслѣ реформы Ездры и возраженія противъ Вельгаузена и Эдуарда Мейера мы находимъ въ этюдѣ Gelbhaus, Esdra und seine reformatorische Bestrebungen, S. 59 (съ точки зрѣнія ортодоксальнаго іудаизма).

[2]) Слова Гедеона въ судьяхъ, 8. 23: «ни я не буду владѣть вами, ни сынъ мой не будетъ владѣть вами; Господь да владѣетъ вами». Ср. Saalschütz, Das mosaische Recht, T. I, S. 2.

[3]) 3 Царствъ 19, 11—12.

[4]) Лев., 25, 23; ср. стихи 41, 42: «потому, что они мои рабы»; ст. 55— «сыны Израиля мои рабы». На этомъ основывается установленіе юбилейнаго года. Ср. Leviticus erklärt von Bertholet (въ Kurzer Hand-Kommentar zum alten Testament von Marti), S. 90: авторъ сопоставляетъ съ 18, 28; ib. S. 66: «beachte den Gedanken, dass die Sünde Befleckung des Landes ist und dies seitens Jahves Ahndung verlangt; so fest ist Jahve mit dem Lande verwachsen».

предостерегающая рѣчь Самуила, въ которой онъ безуспѣшно убѣждалъ своихъ соотечественниковъ не брать на себя добровольнаго ига (1 Цар. 8, 11—18). Замѣчательно, что главный мотивъ у евреевъ, мотивъ, о который разбился авторитетъ Самуила, было желаніе въ этомъ походить на прочіе народы, привычные къ режиму монархическаго деспотизма [1]). Подобное настроеніе сказалось и въ переданныхъ словахъ Ровоама народу (3 Цар. 12), когда сынъ Соломона отвергъ совѣты старца, представляющихъ какъ-бы сдерживающій элементъ. Однако, эти мотивы недовѣрія обращены скорѣе противъ возможныхъ злоупотребленій царской властью, чѣмъ противъ нея самой. Во Второзаконіи переходъ къ царской власти представляется отвѣчающимъ волѣ Божіей; но царь долженъ воздерживаться отъ дѣйствій, обычныхъ у царей прочихъ народовъ, и править по священному закону, «чтобы не надмевалось сердце его передъ братьями его, чтобы не уклонялся онъ отъ закона ни направо, ни налѣво, дабы долгіе дни пребылъ въ царствѣ своемъ онъ и сыновья его посреди Израиля» (17, 20) [2])—въ послѣднихъ словахъ какъ бы содержится скрытая санкція этихъ совѣтовъ [3]). Царская власть также часто ограничивается своеобразнымъ завѣтомъ съ народомъ, и во всякомъ случаѣ къ ней непримѣнимо quod principi placuit legis habet vigorem [4]). Суровому осужденію подвергается не

---

[1]) Kuenen, Historisch-kritische Einleitung in die Bücher des Alten Testaments, T. I, Stück II, S. 43. Несомнѣнно, самый разсказъ переработанъ подъ вліяніемъ извѣстной тенденціи. По первоначальной версіи (I Цар. 9, 16) Самуилъ вовсе не противился избранію Саула на царство, а напротивъ, слѣдуя велѣнію Бога, поставилъ его.—О первоначальномъ военно-патріархальномъ характерѣ іудейской монархіи см. Wellhausen, Israelitische und judische Geschichte, S. 88. Здѣсь между прочимъ указывается, что высшее священническое достоинство принадлежало царю: Бетель и Данъ были царскія святилища. Прочіе священники занимали подчиненное положеніе. Ср. Nowack, Lehrbuch der hebräischen Archäologie, S. 306; Smend, Lehrbuch der alttestamentlichen Religionsgeschichte, S. 66.

[2]) Ср. Суд. 17, 6 и 21, 25: «въ тѣ дни не было царя у Израиля: каждый дѣлалъ то, что казалось ему справедливымъ».

[3]) Ср. Smend, S. 65: авторъ ссылается еще на Второз. 33, 5, гдѣ высказывается весьма сочувственное отношеніе къ царской власти. Надо признать, что это мѣсто («Моисей былъ царь Израиля») довольно темное.

[4]) 2 Цар. 5, 3. Ср. 4 Цар. 11, 17: «и заключилъ Іодай завѣтъ между

только нечестивый Ахавъ, отнявшій у бѣднаго израильтянина виноградникъ и предавшій по ложному обвиненію его самого смерти (3. Ц. 21 1—26), но и прославленный въ народной памяти герой, благочестивый Давидъ, когда онъ коварно устранилъ Урію и овладѣлъ его женой (2. Ц. 11, 1—12,19). Законъ, вытекающій изъ воли Бога Израиля, господствуетъ надъ человѣческимъ произволомъ: лучшими и угоднѣйшими передъ Богомъ царями оказываются тѣ, кто подобно Іосіи глубже всего проникнуты этимъ сознаніемъ (4 Ц. 22). Здѣсь царь какъ бы становится прямымъ органомъ боговластія, и это тѣмъ болѣе возможно, что нѣтъ еще развитой іерократической организаціи [1]). Идеалъ властителя не имѣетъ ничего общаго съ тѣми образцами разнузданнаго деспотизма, которыми полна исторія сосѣднихъ народовъ, часто посылаемыхъ на Израиля какъ божеская кара; представленіе, всего ярче запечатлѣвшееся въ образѣ Навуходоносора, гдѣ деспотизмъ переходитъ въ прямое безуміе [2]).

Такимъ образомъ теократія, во свѣтѣ которой были изображены судьбы народа, сама обезпечивала извѣстный правовой порядокъ, хотя внѣ-правовыми нормами: воля земного властителя была конкректно ограничена высшей божеской волей. Такъ думали о прошломъ, но такъ вѣрили и въ будущее. Въ мессіанизмѣ соединялись очень разнородныя начала—ему присущи чувство и національной исключительности и общечеловѣческаго единства, если не въ настоящемъ, то въ грядущемъ; но даже тогда, когда онъ принимаетъ черты внѣшняго торжества Израиля надъ врагами,—даже тогда съ нимъ связано

Господомъ и между царемъ и народомъ, чтобы онъ былъ народомъ Господнимъ, и между царемъ и народомъ».

[1]) Wellhausen, Prolegomena zur Geschichte Israels, S. 421.

[2]) Мы оставляемъ здѣсь въ сторонѣ вопросъ объ элементахъ народоправства въ ветхозавѣтномъ еврействѣ, въ его исторіи, въ традиціи о собраніи старѣйшинъ, которое установлено было Богомъ—по Числ. 11, 16—17: «чтобы они несли съ Моисеемъ бремя народа, а не одинъ онъ носилъ». Эти старѣйшины представляютъ собою общину, принимаютъ за нее обязательства (Іис. Нав., 9, 15). Напротивъ, въ 2 Цар. 3, 21 говорится о собраніи всего народа израильскаго. Завѣтъ заключается Богомъ со всѣмъ народомъ: царь является здѣсь лишь высшимъ представителемъ народа передъ лицомъ Божіимъ.

представленіе о торжествѣ правды въ самомъ Израилѣ, правды, передъ которой преклонятся одинаково высшіе и низшіе, въ которой устранится всякое насиліе [1]). Бѣдствія Израиля суть кары за отступленіе отъ божественныхъ завѣтовъ, какъ объ этомъ неустанно напоминали пророки; возвеличеніе свое онъ можетъ заслужить лишь нравственнымъ очищеніемъ [2]). Царь новаго Іерусалима—царь праведный, спасающій и кроткій (Захарія 9,9), который трости надломленной не переломитъ и льна курящаго не угаситъ (Исаія, 43,3). Онъ въ своемъ торжествѣ близокъ къ страждущему за грѣхи людскіе праведнику, судьба котораго съ такимъ паѳосомъ возвѣщена у пророка (Ис. 53). Это не столько царское властвованіе, сколько царское служеніе.

Такимъ образомъ, въ различныхъ теократическихъ воззрѣніяхъ, которыя сохранила намъ Библія, имѣется мѣсто и для государства, и надъ этимъ послѣднимъ властвуетъ только одна суверенная воля—воля Божества, неисповѣдимая и трансцедентная, которая опредѣляетъ, что есть доброе и что есть правое. Къ ней нельзя подходить съ мѣрилами ограниченной челвѣческой справедливости, и передъ лицомъ послѣдней она не нуждается въ оправданіи. Здѣсь корень тѣхъ трагическихъ противорѣчій, которыя съ такой силой изображены, но не разрѣшены въ книгѣ Іова [3]). Мы стоимъ передъ

---

[1])«Das Volk der Gerechtigkeit» у Bestmann, Entwickelungsgeschichte des Reiches Gottes unter dem alten und neuen Bund, S. 148. Ср. о сплетеніи національнаго и универсальнаго идеала въ псалмахъ, S. 85.

[2]) Можно было бы указать на мѣста, гдѣ спасеніе Израиля совершается Богомъ «ради имени своего и ради славы своей» (Ис. 48, 9 и сл. особ. 11), гдѣ оно является актомъ болѣе божескаго милосердія, чѣмъ правосудія (Іоиля, 2,13). Но здѣсь нѣтъ противорѣчія, какъ нѣтъ его между началомъ спасающей благодати и личной отвѣтственности. Израиль не можетъ одними своими силами заслужить свое возвеличеніе, но онъ можетъ и долженъ идти навстрѣчу благой волѣ Господа.

[3]) Не разрѣшаются они и концомъ, гдѣ многострадальный Іовъ получаетъ возмѣщеніе. Высказывался даже взглядъ, что этотъ конецъ—позднѣйшая прибавка, не соотвѣтствующая содержанію книги. Но стремленіе смягчить разсказъ, проникнутый такой глубокой скорбью, слишкомъ понятно. Э. Мейеръ говоритъ, что этотъ конецъ такъ же психологически необходимъ, какъ необходимо было для Софокла послѣ Эдипа-царя написать Эдипа въ Колоннѣ, гдѣ его герой, пережившій такіе страш-

совершенно иными образами, чѣмъ боги Ригъ-Веды и Гомера, которые оказываются сами подчинены высшему року и высшей справедливости. Конечно, этотъ образъ не является полнымъ выраженіемъ религіознаго и нравственнаго сознанія: достаточно здѣсь напомнить о такомъ перлѣ еврейской литературы, какъ книга пророка Іоны, гдѣ сущность божеской воли раскрывается въ милосердіи и состраданіи, неизмѣнно хранящихся и въ человѣкѣ подъ покровомъ его національныхъ страстей и предубѣжденій.

Главное же — остается вѣра, что вообще божественныя велѣнія не суть нѣчто внѣшнее для человѣческой природы, что незаглушимый внутренній голосъ подтверждаетъ человѣку эти велѣнія и дѣлаетъ легкимъ ихъ выполненіе. «Заповѣдь сія»,—говоритъ Второзаконіе,—«которую я заповѣдаю тебѣ сегодня, не недоступна для тебя и не далека. Она не на небѣ, чтобы можно было говорить: кто взошелъ бы для насъ на небо и принесъ бы ее намъ и далъ бы намъ услышать ее, и мы исполнили бы ее? И не за моремъ она, чтобы можно было говорить: кто сходилъ бы для насъ за море и принесъ бы ее намъ и далъ бы намъ услышать ее и мы исполнили бы ее? Но весьма близко къ тебѣ слово сіе: оно въ устахъ твоихъ и въ сердцѣ твоемъ, чтобы исполнить его» (Втор. 30, 11—14) [1]. При томъ самый боже-

ные удары рока, находитъ успокоеніе. И религіозно-моральная проблема, данная у Іова, безъ этого конца казалось бы еще недоступнѣе для человѣческаго ума, еще трагичнѣе. О подлинности конца у Wellhausen, Israelitische und judische Geschichte, S. 221. Ср. Kuenen, Historisch-kritische Einleitung, T. III, Stück I, S. 129. Превосходныя страницы посвящены книгѣ Іова у Cornill, Einleitung in das alte Testament, S. 229. Фридлендеръ видитъ въ книгѣ Іова результатъ эллинизаціи іудаизма, но эллинизаціи, глубоко проникшей въ народное сознаніе, ставшей его частью. Friedländer, Griechische Philosophie im alten Testamente, S. 90—130.

[1]) Ср. весьма интересную статью Лазарсона: «Естественное право въ памятникахъ древне-еврейской литературы и законодательства» въ Вопросахъ права 1912, XI, с. 108. Въ Handkommentar zum Alten Testament, herausgeg. von Novack, Das Deuteronomium, S. 109, этимъ словамъ придается едва ли не слишкомъ упрощенный смыслъ: «die Kenntniss der Forderungen Jahves ist keine für Israel unerreichbare, denn das Gesetz liegt ihm vor». Авторъ допускаетъ въ видѣ предположенія, что 11—19 стихи 30 главы—позднѣйшая вставка. Такъ же и Kuenen, Historisch-kritische Einleitung in die Bücher des alt. Test, T. I, Stück I, H. 2, S. 119, 124. Сходное мѣсто мы нахо-

ственный законъ мыслится какъ завѣтъ, связующій Бога и его народъ [1]). Такимъ образомъ теократія, ограничивая государственную власть въ свое имя, ограничиваетъ ее нормой, вытекающей изъ самой человѣческой природы—можно сказать, ея естественнаго закона[2]). И неправильно думать, будто бы эта природа приписывалась только одной избранной національности. Мессіанскій идеалъ, выходя за предѣлы національной исключительности, раскрываетъ новый міръ, гдѣ волкъ будетъ пастись съ ягненкомъ (Ис. 65, 25), гдѣ спасутся люди всѣхъ народовъ и всѣхъ концовъ земли (Ис.45, 20 и 22; Зах. 2,11). На той высотѣ, на которую онъ подыметъ человѣка, уже нѣтъ потребности въ теократически освященномъ, положительными законами установленномъ правѣ общины; здѣсь юридическая связанность уступаетъ мѣсто свободному духовному единенію избранниковъ Божіихъ. Мы стоимъ у вратъ Божьяго града.

Нѣтъ надобности въ оговоркахъ, что здѣсь приходится брать не столько внѣшнюю исторію Израиля, рано утратившаго свое государственное существованіе подъ ударами враговъ, сколько его правосознаніе, освященное религіознымъ идеаломъ. Многое изъ этого духовнаго богатства было унаслѣдовано и переработано грядущими вѣками: многое оставило явственный слѣдъ въ исторіи европейскаго государства и утвержденія въ немъ правовыхъ началъ [3]).

димъ у Второисаіи: Ис. 45,19. Ср. истолкованіе указаннаго текста Второзаконія примѣнительно къ христіанскому вѣроученію—у Павла, Рим. 10, 6; объ этомъ истолкованіи у Hühn, Die alttestamentlichen Citaten und Reminiscenzen im Neuen Testamente, S. 156.

[1]) Kittel, Geschichte des Volks Israels, B. II, S. 429: отношеніе Іагве съ народомъ «keineswegs ein rechtlich natürliches, sondern ein sittlich bedingtes, ein Bund. Es wird als Vertrag mit gegenwärtigen Verpflichtungen gedacht».

[2]) 118 псаломъ съ такой силой и глубиной изображающій величіе Божьяго закона, которымъ живетъ человѣческая душа, точно также не представляетъ его чѣмъ-то исключительно трансцедентнымъ. Человѣкъ безсиленъ найти возвѣщенную въ законѣ правду, но ему присуще неугасимое къ ней стремленіе. «Благословенъ ты, Господи, научи меня уставамъ твоимъ!» Съ этимъ приходится считаться вообще, оцѣнивая номистическій характеръ юдаизма. Ср. Лацарусъ, Этика юдаизма, с. 118.

[3]) Ср. E. Meyer, Geschichte des Altertums, B. III, S. 219; Cornill, Das alte Testament und Humanität; Darmesteter, Les prophètes d'Israël, p. 197.

Если подъ теократіей понимать наличность могущественной священнической или жреческой организаціи, болѣе или менѣе автономной и въ въ то же время господствующей надъ свѣтскимъ обществомъ, то античному государству теократическій строй чуждъ. Рядомъ съ этимъ государствомъ нѣтъ церкви, и священныя обязанности выполняются обычными магистратами. Классическій міръ не зналъ самаго вопроса, который впослѣдствіи много столѣтій будетъ занимать столько выдающихся умовъ Европы—вопроса о границахъ духовной и свѣтской власти, ибо духовной власти, какъ таковой, не существуетъ въ его предѣлахъ. Нѣкоторое подобіе ея для Греціи можно было бы усматривать въ Дельфахъ, мѣсто которыхъ въ греческомъ мірѣ обычно сопоставлялось съ мѣстомъ Рима въ средневѣковой Европѣ [1]). Но эта была власть, какъ бы ни было велико ея морально-политическое значеніе, такъ сказать совѣщательная, если можно соединять эти два слова: представители ея никогда не притязали повелѣвать отдѣльными полисами, направлять въ нихъ внутренній порядокъ. Зародыши обособленнаго отъ государства религіознаго общества лежали не столько въ свѣтломъ, покойномъ и гармоническомъ культѣ Аполлона, сколько въ бурномъ, ниспровергающемъ, оргіастическомъ культѣ Діониса, въ орфическихъ ученіяхъ съ ихъ оттѣнкомъ эзотеризма по отношенію ко внѣшнему міру, какъ подобные зародыши лежали въ переносимыхъ на римскую почву религіяхъ Востока [2]). Все это отнюдь не исключаетъ того, что связи между властвующими и подвластными въ античномъ

---

[1]) Bürgel, Die pylaeisch-delphische Amphiktyonie (1877—старая, но не потерявшая значенія работа), S.150; 201 u. s. w.; здѣсь, впрочемъ, говорится болѣе объ амфиктіоніи, чѣмъ о дельфійскомъ святилищѣ въ его отношеніи къ греческому міру. Превосходная статья о дельфійской амфиктіоніи Кауера у Pauly, Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft, B. I, S. 1909 u. s. w.

[2]) Этому не противорѣчитъ, что въ Дельфахъ соединился культъ Аполлона и Діониса, и Діонисъ появился едва ли не раньше, чѣмъ лучезарный побѣдитель Пиѳона. Конкретная религія въ древней Греціи вовсе не знала той, можно сказать, полярной противоположности аполлинизма и діонисизма, которая подъ вліяніемъ Ницше такъ часто утверждается въ современной литературѣ. Rohde, Psyche, B. II, S. 52; о «могилѣ Діониса» въ Дельфахъ—ib. B. I. S 132.

государствѣ имѣли религіозную санкцію: ими освящаются одинаково обязанности какъ гражданина, такъ и правителя; тираннія — беря это слово въ смыслѣ не происхожденія, а характера власти — казалась нарушеніемъ освященнаго свыше порядка, и отсюда, быть можетъ, у ея позднѣйшихъ представителей, непохожихъ въ этомъ на тиранновъ въ стилѣ пизистратидовъ, своеобразное тяготѣніе къ вольномыслію, столь ярко проявившееся, напримѣръ, въ Критіи. Критика традиціонной религіи снимала ограниченія и съ подвластныхъ, и съ властвующихъ. А рядомъ съ религіозной санкціей слагается опредѣленное правосознаніе, создаются общепризнанныя мѣрила достоинства того или другого государственнаго строя, поскольку онъ обезпечиваетъ право и предупреждаетъ произволъ, формулируется рядъ соотвѣтственныхъ требованій къ государственной власти.

Въ своемъ изслѣдованіи Гирцель чрезвычайно рельефно изображаетъ особенности греческаго правосознанія въ отличіе отъ римскаго—отличіе, которое какъ бы символически отражается въ контрастѣ слова *δίκη* и ius: *δίκη* даетъ только возможность правового притязанія; ius сообщаетъ власть надъ лицами и вещами [1]). Но этотъ общій запасъ правовыхъ идей не мѣшаетъ тому, что въ разныхъ частяхъ греческаго міра среди разнородной соціальной обстановки создаются разнообразныя политическія организаціи. Съ какимъ богатствомъ политико-морфологическаго матеріала мы здѣсь встрѣчаемся, ясно всякому читателю аристотелевской Политики. Не слѣдуетъ однако, поддаваясь этому впечатлѣнію многообразія, впадать въ противоположную крайность. Мы имѣемъ право говорить о типичномъ греческомъ полисѣ не въ меньшей мѣрѣ, чѣмъ о типичномъ конституціонномъ государствѣ. При свѣтѣ современнаго пониманія греческой исторіи идея противоположности дорійскаго и іонійскаго принципа, свойственная эпохѣ Отфрида Мюллера, кажется весьма преувеличенной и схематической. Болѣе внимательный ана-

---

[1]) Hirzel, S. 126: «gegenüber dem machterfüllten jus der Römer musste sie dann allerdings dünn und schwächlich erscheinen und so ist sie wohl auch Manchen erschienen».

лизъ такъ часто превращаетъ противоположность въ качественныя различія, а эти послѣднія—въ различія количественныя[1]). Мы находимся подъ обаяніемъ рѣчи Перикла надъ павшими аѳинскими воинами, которую передаетъ Ѳукидидъ [2]) и которая въ морально-философскомъ смыслѣ дѣйствительно представляетъ *κτῆμα εἰς ἀεί*. Контрастъ Аѳинъ и Спарты представленъ съ наглядностью, присущею живымъ художественнымъ образамъ,—и онъ идетъ у Ѳукидида гораздо дальше различія въ строѣ и учрежденіяхъ. Но развѣ нельзя себѣ представить такое стилизованное противоположеніе государственныхъ и общественныхъ порядковъ современной Англіи и современной Пруссіи, при которомъ эти страны тоже оказались бы своего рода полюсами европейскаго политическаго міра? Нельзя при этомъ забывать, что господство Спарты и Аѳинъ производило давленіе на внутренній строй второстепенныхъ греческихъ государствъ, приспособляя ихъ къ тому или другому типу, между которыми оказывался возможнымъ рядъ постепенностей и оттѣнковъ. Самъ Аристотель, съ такимъ вниманіемъ смотрѣвшій на эту богатую коллекцію политическихъ формъ, такъ интересовавшійся своеобразнымъ и единичнымъ, считалъ однако возможнымъ устанавливать здѣсь нѣкоторые общіе и обычные пути развитія греческаго государства.

Основная черта, которую греческая мысль приписывала государству, устроенному на правовыхъ началахъ—это господство закона [3]). Здѣсь какъ будто есть сродство съ привычными намъ современными положеніями государственнаго права и конституціонной политики. Но если въ современной литературѣ возможенъ споръ, существенны ли въ понятіи закона матеріальные признаки, то греческая идея закона насквозь проникнута матеріальнымъ его значеніемъ и при этомъ въ высшей степени широка [4]). Онъ обозначаетъ правило не

---

[1]) Замѣчательный анализъ обычной здѣсь логической ошибки и ея психологическихъ корней у П. Б. Струве, Хозяйство и цѣна, с. 117.

[2]) II, 37—41.

[3]) Замѣчательныя страницы Гирцеля о θεσμός (s. 320) и νόμος (S. 358 u. s. w.).

[4]) У Демосѳена, Κατὰ Ἀριστοκράτους 86. μηδὲ νόμον ἐπ᾽ ἀνδρὶ ἐξεῖναι θεῖναι ἐὰν μὴ τὸν αὐτὸν ἐπὶ πᾶσιν Ἀθηναίοις.—Ср. Κατὰ Τιμοκράτους 71. Въ этомъ отно-

только общественнаго, но и всего мірового порядка. Среди вѣчнаго потока вещей, среди игры огненныхъ волнъ, въ которой проходитъ міровая исторія, законъ, въ глазахъ Гераклита, есть единственное начало постоянства и разума: *νόμος* здѣсь не только не противополагается *φύσις*, но и составляетъ глубочайшую основу природы—*φύσις* [1]). Согласно Гезіоду Зевсъ далъ *νόμος* не только людямъ, но и животнымъ [2]). Прежде чѣмъ сдѣлаться писаннымъ закономъ, *νόμος* у эпическихъ поэтовъ обозначаетъ обычай, право, ибо содержаніе здѣсь единое—измѣняется только форма [3]). И обычай и законъ пріобрѣтаютъ религіозное и моральное достоинство, которое и является источникомъ ихъ обязательности [4]). Въ глазахъ Пиндара законъ властвуетъ надъ всѣми смертными и безсмертными [5]), а по выраженію Демосѳена—онъ созданіе и даръ боговъ [6]); наконецъ Сократъ устанавливаетъ органическую связь

шеніи также можно сопоставить Грецію и Римъ; у римлянъ мы находимъ гораздо большее тяготѣніе къ формальному пониманію закона.

[1]) Hirzel, S. 392.

[2]) Ἔργα καὶ ἡμέραι v. 276.

[3]) Слово ἔθος не встрѣчается ни у Гомера, ни у Гезіода: оно замѣняется словомъ νόμος. Для Калликлеса въ Горгіи Платона, 482 D, νόμος и ἔθος одинаково противополжны φύσις.—Никакъ нельзя согласиться со словами Э. Мейсра, что греческому праву было чуждо право обычное—Geschichte des Altertums, B. II, S. 573. Особенно въ спартанскомъ государственномъ строѣ мы находимъ стремленіе сохранить силу обычнаго права (τὰ πάτρια) и связанное съ этимъ недовѣріе къ писанному закону. Plutar. Lyk. 13. Cp. Leist, Graeco-italische Rechtsgeschichte, S. 545.

[4]) Напр. у Еврипида въ Вакханкахъ, ст. 892.

[5]) νόμος ὁ πάντων βασιλεύς θνατῶν τε καὶ ἀθανάτων δικαιῶν τὸ βιαιότατον ὑπερτάτα χειρί—frag. 169 (151) въ Poetae lyrici graeci rec. Bergk, v. I, p. 439. О взглядѣ Пиндара на право и законъ у Burle, Essai historique sur le developpement de la notion de droit naturel dans l'antiquité grecque, p. 246. Cp. Herod. III, 38.

[6]) Πᾶς ὁ νόμος εὕρημα τε καὶ δῶρον θεοῦ, δόγμα δ' ἀνθρώπων φρονίμων.—Κατ' Ἀριστογείτονος A, 16. Ссылки на это мѣсто въ Dig. I, tit. 3, 2. Принадлежность этого діалога Демосѳену подвергается вообще сильному сомнѣнію; см. Henri Weil, Etudes sur Demosthène, въ Revue de philologie, de littérature et d'histoire ancienne, v. VI, 1882, p. 1—21. Въ пользу подлинности, хотя и съ оговорками, высказывается Croiset, Histoire de la littérature grecque, v. IV, p. 590. Едва ли можно согласиться съ Вейлемъ, что приведенная фраза противорѣчитъ предидущему—чисто земному происхожденію закона, изложенному въ пред-

между законнымъ и справедливымъ [1]). Но величайшимъ памятникомъ этого піэтета, который могла возбуждать идея закона даже въ эпоху скепсиса и отрицанія, остается платоновскій Критонъ. Сократъ отказывается отъ бѣгства, которое ему спасло бы жизнь, такъ какъ подобное бѣгство разорветъ связь, соединяющую всѣхъ гражданъ съ законами,—связь, основанную вовсе не на принужденіи и силѣ, а на молчаливомъ договорѣ и признаніи. Въ Критонѣ опять *νόμιμος* понимается какъ *δίκαιος*, и человѣческіе законы оказываются братьями божественныхъ [2]). Но это признаніе положительнаго права не должно быть ложно истолковано: оно вовсе не есть преклоненіе передъ существующимъ порядкомъ, а утвержденіе его органической связи съ правомъ идеальнымъ [3]). Критонъ есть какъ бы продолженіе Апологіи, гдѣ хотя бы и надъ законнымъ авторитетомъ человѣческой воли поставленъ авторитетъ нравственнаго міропорядка. «Желать вамъ всякаго добра я желаю, о мужи Аѳиняне, и люблю васъ, а слушаться буду скорѣе Бога, чѣмъ васъ, и пока во мнѣ есть дыханіе и способность, не перестану философствуя уговаривать и убѣждать каждаго изъ васъ» [4]). Въ лицѣ Сократа передъ нами открывается какое-то совершенно особое отношеніе къ государству, одинаково далекое отъ рабской покорности и революціонной безотвѣтственности. Культъ закона, который въ другой обстановкѣ могъ представляться выраженіемъ простой косности, здѣсь одухотворяется жизнью и смертью Сократа.

шествующихъ строкахъ. Намъ кажется, здѣсь обычное противоположеніе νόμος и φύσις: ἡ μὲν φύσις ἐστὶν ἄτακτον καὶ κατ᾽ ἄνδρ᾽ ἴδιον τοῦ ἔχοντος, οἱ δὲ νόμοι κοινὸν καὶ τεταγμένον ταὐτὸ πᾶσιν... ἡ μὲν φύσις ἂν ᾖ πονηρά, πολλάκις φαῦλα βούλεται... οἱ δὲ νόμοι τὸ δίκαιον καὶ τὸ καλὸν καὶ τὸ συμφέρον βούλονται. Законы истребляютъ дурныя потенціи жизни—отчего же они не могутъ быть божескимъ откровеніемъ? Все это вполнѣ соотвѣтствуетъ упоминанію въ 10—11 объ Εὐνομία, ἣ πάσας καὶ πόλεις καὶ χώρας σώζει, о всезрящей Дикѣ, объ Орфеѣ, предстоящемъ трону Зевса и т. п.

[1]) Memorabilia, IV. 4, 1. Близко въ Ѳеететѣ Платона, 167 С: ἐπεὶ οἷα γ᾽ ἂν ἑκάστῃ πόλει δίκαια καὶ καλὰ δοκεῖν, ταῦτα καὶ εἶναι αὐτῇ, ἕως ἂν αὐτὰ νομίζῃ.

[2]) 54 С.

[3]) Объ этомъ особенно у П. И. Новгородцева, Политическіе идеалы древняго и новаго міра. Вып. I, с. 83.

[4]) Apol., 29 D.

Этотъ культъ, конечно, подвергался тоже оспариванію, Софисты учили видѣть въ законѣ чисто искусственное, условное установленіе [1]). Для Гиппія—*νόμος τύραννος ὢν τῶν ἀνθρώπων*. Въ устахъ Калликлеса законы, оказывается, вызваны къ жизни своекорыстіемъ слабыхъ людей, которые хотятъ извратить естественный порядокъ и стать на мѣсто сильнѣйшихъ и лучшихъ [2]). Но подобное отношеніе къ законамъ мы встрѣтимъ и у величайшаго изъ противниковъ софистовъ. Платонъ въ своемъ Политикѣ призналъ ихъ установленіемъ весьма несовершеннымъ и грубымъ: законы совсѣмъ не считаются съ жизненными разнообразіями, они къ этимъ послѣднимъ упрямо глухи, и въ этомъ смыслѣ ихъ господство несравненно ниже, чѣмъ господство мудраго и добродѣтельнаго властителя, несвязаннаго по рукамъ и по ногамъ [3]). Это мѣсто—чрезвычайно характерное выраженіе просвѣщеннаго деспотизма, къ которому тяготѣлъ Платонъ въ своей ненависти къ демагогіи [4]). Въ Законахъ мы встрѣчаемъ представленіе, гораздо болѣе близкое къ традиціонному греческому взгляду [5]): пусть было бы лучше обходиться безъ законовъ [6])—это невозможно, разъ мы говоримъ съ людьми, а не съ богами [7]), и люди, служа законамъ, служатъ богамъ [8]).

---

[1]) Hildebrand, Geschichte der Recht- und Staatsphylosophie, B. I, S. 47.

[2]) Gorgias, 483 B. Cp. Protogoras, 337.

[3]) Πολιτικός 294 B: ὅτι νομος οὐκ ἄν ποτε δύναιτο τό τε ἄριστον καὶ τὸ δικαιότατον ἀκριβως πᾶσιν ἅμα περιλαβὼν τὰ βέλτιστα ἐπιτάττειν. Τὸν δὲ γε νόμον ὁρῶμεν σχεδὸν ἐπ' αὐτὸ τοῦτο ξυντείνοντα, ὥσπερ τινὰ ἄνθρωπον αὐθάδη καὶ ἀμαθῆ καὶ μηδένα ἐῶντα ποιεῖν παρὰ τὴν ἑαυτο τάξιν μηδ' ἐπερωτᾶν μηδένα, μηδ' ἄν τι νέον ἄρα τῷ ξυμβαίνη βέλτιον περὶ τὸν λόγον, ὃν αὐτὸς ἐπέταξεν.—Зародыши этого настроенія Платона проявляются уже въ Горгіи.—Ср. характеристику воззрѣній Платона и перемѣну въ нихъ у П. И. Новгородцева, Политическіе идеалы древняго и новаго міра, ч. II, с. 38.

[4]) Въ Республикѣ Платона этотъ безотвѣтственный деспотизмъ правителей находитъ противовѣсъ въ предполагаемомъ отсутствіи у нихъ всякаго обособленнаго интереса. Именно они осуждены жить безъ семьи и безъ собственности. Здѣсь какъ бы устраняются болѣе низменные, корыстные мотивы, влекущіе людей, но, само собой разумѣется, не устраненъ сильнѣйшій мотивъ—жажда власти, какъ таковой.

[5]) Leges, 713 E; ib., 874, 889.

[6]) 857 I—859E.

[7]) 732E.

[8]) 762E.

Но самое полное обоснованіе правовой цѣнности, присущей господству законовъ, мы находимъ у Аристотеля. Тема эта, затронутая еще въ Этикѣ [1]), много разъ повторяется въ Политикѣ. Правильное законодательство есть выраженіе верховной власти въ государствѣ [2]); совершенство законовъ имѣетъ даже преимущество передъ личнымъ совершенствомъ властителя, ибо въ законѣ вполнѣ отсутствуютъ аффекты, а во всякой душѣ они имѣются [3]); законы возвышаются и надъ должностными лицами и надъ народными собраніями [4]). Здѣсь мы видимъ мнѣніе Аристотеля, выраженное съ такой степенью категоричности, которая далеко не свойственна всѣмъ положеніямъ Политики [5]).

Эта высокая идея закона отнюдь не оставалась достояніемъ одной теоріи. Греческое конституціонное право стремилось обезпечить его силу соотвѣтственнымъ устройствомъ и взаимодѣйствіемъ учрежденій. Законы въ широкомъ смыслѣ охватываютъ и основныя нормы государственнаго строя; въ то же время не только различается *νόμος* и *πολιτεία* [6]), но признается обязательной извѣстная гармонія между этимъ строемъ и текущимъ законодательствомъ. Однако мы не найдемъ въ греческомъ полисѣ какой-либо учредительной власти, компе-

---

[1]) Eth. Nic. V, 10, 4: αἴτιον δ'ὅτι ὁ μεν νόμος καθόλου πᾶς, περὶ ἐνίων δ' οὐχ οἷόν τε εἰπεῖν καθόλου... Καὶ ἔστιν οὐδὲν ἧττον ὀρθῶς· τὸ γὰρ ἁμάρτημα οὐκ ἐν τῷ νόμῳ, οὐδ' ἐν τῷ νομοθέτῃ, ἀλλ' ἐν τῇ φύσει τοῦ πράγματος ἐστίν Срав. De arte rhet. 1,1,7: μάλιστα μὲν οὖν προσήκει τοὺς ὀρθῶς κειμένους νόμους, ὅσα ἐνδέχεται, πάντα διορίζειν αὐτούς, καὶ ὅτι ἐλάχιστα καταλείπεις ἐπὶ τοῖς κρίνουσιν.

[2]) III, 6, 13.

[3]) III, 10, 4: κρεῖττον δ' ᾧ μὴ πρόσεστι τὸ παθητικὸν ὅλως ἢ ᾧ συμφυές. Τῷ μὲν οὖν νόμῳ τοῦτο οὐχ' ὑπάρχει, ψυχὴν δ' ἀνθρωπίνην ἀνάγκη τοῦτ' ἔχειν πᾶσαν.

[4]) IV, 4, 4.

[5]) Любопытно, что для Аристотеля выраженіе «законъ природы» является какъ бы метафорой, заимствованной изъ гражданскихъ отношеній. De Coelo, I,1: διὸ παρὰ τῆς φύσεως εἰλεφότες ὥσπερ νόμους ἐκείνης καὶ πρὸς τὰς ἁγιστείας χρώμεθα τῶν θεῶν τῷ ἀριθμῷ τούτῳ (числомъ три, которому приписывали особое значеніе пиѳагорейцы).

[6]) Ar. Polit. IV, 1, 5: πολιτεία μὲν γάρ ἐστι τάξις ταῖς πόλεσιν ἡ περὶ τὰς ἀρχὰς τίνα τρόπον νενέμηται καὶ τί τὸ κύριον τῆς πολιτείας καὶ τί τὸ τέλος... νόμοι δὲ κεχωρισμένοι τῶν δηλούντων τὴν πολιτείαν, καθ' οὓς δεῖ τοὺς ἄρχοντας ἄρχειν καὶ φυλάττειν τοὺς παραβαίνοντας αὐτούς. Съ точки зрѣнія греческой терминологіи Ликургъ далъ πολιτεία, но не оставилъ νόμοι. Willamowitz-Möllendorf, Aristoteles und Athen, B. I, S. 65.

тентной измѣнять самый строй [1]). Причина ясна: для грековъ *πολιτεία* казалась не юридической оболочкой государства, а самымъ государствомъ. Въ этомъ смыслѣ нѣтъ ничего болѣе поучительнаго, чѣмъ разсужденіе Аристотеля по вопросу, при какихъ обстоятельствахъ государство остается тѣмъ же самымъ и при какихъ оно уступаетъ мѣсто другому? «Если государство есть своего рода общеніе—а оно и есть политическое общеніе гражданъ—то естественно, разъ форма государственнаго строя видоизмѣняется и отличается отъ прежней, и государство признавать не однимъ и тѣмъ же: вѣдь различаемъ же мы хоры,—хоръ въ комедіи, хоръ въ трагедіи,—хотя часто тотъ и другой хоръ состоитъ изъ однихъ и тѣхъ же лицъ» [2]). Поэтому въ глазахъ Аристотеля при измѣненіи формы правленія судьба старыхъ обязательствъ, лежащихъ на государствѣ, оказывается довольно сомнительной [3]).

Послѣ этого намъ легко понять, почему платоновское государство—не только изображенное въ Республикѣ, но и въ Законахъ—отличается крайней неподвижностью, почему измѣненіе даннаго государственнаго строя для Аристотеля не есть его естественная эволюція, а катастрофа, послѣдствіе вырожденія и т. п., почему такую популярность пріобрѣло спартанское устройство съ его кажущимся постоянствомъ. Странный контрастъ съ безпокойной подвижностью греческой политической жизни, столь хорошо извѣстной автору *Ἀθηναίων πολιτεία*. Поэтому когда мы встрѣчаемся съ требованіемъ соотвѣтствія государственнаго строя и законодательства, это не есть

---

[1]) Если не считать таковой айсимнетовъ, стоящихъ внѣ обычнаго государственнаго порядка—тираннія, создаваемая самой общиной, когда въ рамкахъ этого порядка перемѣна не можетъ быть осуществлена. Arist. Pol. III, 9, 5: ἔστι δὲ τοῦθ' ὡς ἁπλῶς εἰπεῖν αἱρετὴ τυραννίς, διαφέρουσα δὲ τῆς βαρβαρικῆς οὐ τῷ μὴ κατὰ νόμον, αλλὰ τῷ μὴ πάτριος εἶναι μόνον. Ἦρχον δ' οἱ μὲν διὰ βίου τὴν αρχὴν ταύτην, οἱ δε μέχρι τινῶν ὡρισμένων χρόνων ἢ πράξεως. Діонисій Галикарнасскій сопоставляетъ ихъ съ римскими диктаторами—Antiqu. rom. V, 73. Ср. Schömann, Griechische Altertümer, B. I, S. 61.

[2]) III, 1, 13: εἴπερ γάρ ἔστι κοινωνία τις ἡ πόλις, ἔστι δὲ κοινωνία πολιτῶν πολιτείας γιγνομένης ἑτέρας τῷ εἴδει καὶ διαφερούσης τῆς πολιτείας αναγκαῖον εἶναι δόξειεν ἂν καὶ τὴν πόλιν εἶναι μὴ τὴν αὐτήν, ὥσπερ γε καὶ χορὸν ὁτὲ μὲν κωμικόν, ὁτὲ δὲ τραγικὸν ἕτερον εἶναι φαμεν, τῶν αὐτῶν πολλάκις ἀνθρώπων ὄντων.

[3]) III, 1, 14: εἰ δὲ δίκαιον διαλύειν ἢ μὴ διαλύειν, ὅταν εἰς ἑτέραν μεταβάλλῃ πολιτείαν ἡ πόλις λόγος ἕτερος.

только требованіе политической цѣлесообразности, продиктованное чувствомъ самосохраненія людей, связанныхъ съ даннымъ строемъ, заинтересованныхъ въ немъ, — оно прямо мыслится какъ правовое.

Если мы примѣнимъ къ греческому полису современное дѣленіе конституцій на гибкія и малоподвижныя (выражаясь терминами англійской литературы, гдѣ это дѣленіе впервые было введено—flexible и rigid) [1]), то опредѣлить его мѣсто здѣсь будетъ нѣсколько затруднительнымъ. Юридически это устройство гибко въ томъ смыслѣ, что нѣтъ никакой усложненной процедуры, предусмотрѣнной для его измѣненія. Въ то же время оно въ высшей степени малоподвижно, ибо измѣненіе его считается измѣненіемъ самого государства, и текущее законодательство должно всецѣло совершаться въ его установленныхъ рамкахъ. Получается впечатлѣніе что учредительная власть въ греческомъ полисѣ носила какой-то метаюридическій характеръ, что государственное право должно принимать ея акты, какъ данное, не подлежащее юридическому разбору. Извѣстно, что подобную мысль можно встрѣтить и въ современной литературѣ—ее, напримѣръ, отстаиваетъ Бурхардтъ въ комментаріяхъ къ швейцарской конституціи: для него новая конституція создаетъ юридически новое государство [2]). Но въ примѣненіи къ современному государству, гдѣ установлена правильная процедура пересмотра конституціи, такой взглядъ кажется гораздо болѣе искусственнымъ.

Довольно трудно выразить юридическое различіе между *πολιτεία* и *νόμος*, гораздо легче это сдѣлать относительно *νόμος* и *ψήφισμα*. Уже передъ греческимъ государствомъ стояла та проблема, которую современное конституціонное государство разрѣшаетъ, устанавливая формальное различіе закона и указа. Мы можемъ взять за образецъ ближе извѣстную намъ аѳинскую конституцію, чтобы увидѣть, какъ своеобразно осуществлялось здѣсь указанное различіе. Народное собраніе было компетентно вотировать исключительно *ψηφίσματα*, которыя могли издаваться

---

[1]) Bryce въ Studies in history and jurisprudence, v. I, p. 145.

[2]) Burchardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, S. 5 u. s. w.

praeter legem, но отнюдь не contra legem. На это указывалъ Демосѳенъ какъ на основное правило аттическаго права [1]). Въ области законодательства народному собранію принадлежитъ лишь совѣщательный голосъ съ весьма ограниченнымъ вліяніемъ: во время годичной ἐπιχειροτονία оно могло признать желательнымъ пересмотръ данныхъ законовъ. Это ограниченіе правомочій собранія не представляло изъ себя lex imperfecta, какъ обычно ограниченія компетенціи современныхъ парламентовъ; члену собранія, который подъ видомъ ψήφισμα пытался бы провести новый законъ, угрожалъ процессъ γραφὴ παρανόμων[2]). Законодательная власть въ сущности принадлежитъ судебнымъ органамъ-геліастамъ, и пересмотръ закона облеченъ въ форму настоящаго судебнаго процесса надъ этимъ закономъ [3]).

Такимъ образомъ раздѣленіе властей въ Аѳинахъ совершенно не соотвѣтствовало традиціонной схемѣ Монтескье, хотя и преслѣдовало сходную цѣль—обезпеченіе верховенства закона [4]). «Если демократія», говоритъ Аристотель, «есть одна изъ формъ государственнаго строя, то очевидно, такая ея организація, при которой все управленіе покоится на народныхъ рѣшеніяхъ

[1]) Κατὰ Ἀριστοκράτους, 87 νόμος· ψήφισμα δὲ μηδὲν μήτε βουλῆς μήτε δήμου νόμου κυριώτατον εἶναι. О значеніи Демосѳена для вопроса о νόμος и ψήφισμα см. Schömann, Griechische Altertümer, B. I, S. 415.

[2]) Schömann, Griechische Altertümer, B. I, S. 410. Gilbert, Handbuch der griechischen Altertümer, B. I, S. 283: «die in den Beschlüssen der Ekklesie zum Ausdruck kommende Souveränitet des athenischen Volkes war durch die Gesetze begrenzt. Das spricht sich in der Anwendung der γραφὴ παρανόμων deutlich aus, welche zugleich da durch sie die verfassungswidrigen Beschlüsse gehindert werden, für eine Schutzwehr der democratischen Verfassung gegeben wurde». Sudre, Histoire de la souveraineté, v. I, p. 164, видитъ здѣсь «une singularité qui bouleverse les idées généralement reçues de nos jours sur la souvereineté du peuple». Не дается ли здѣсь предостереженіе противъ склонности нашего ума возводить относительныя категоріи, сложившіяся въ условіяхъ опредѣленной эпохи, въ абсолютныя? Ср. Willamovitz-Möllendorf, Aristoteles und Athen, B. II, S. 193.

[3]) Не надо, впрочемъ, забывать о демократическомъ характерѣ геліаіи. Одни и тѣ же граждане засѣдали здѣсь и въ народномъ собраніи. Но различіе процедуры было весьма существенное. Ἀθ. πολ. с. 24, 3; с. 63.

[4]) Отсюда невозможность истолковать въ смыслѣ этой традиціонной схемы извѣстное мѣсто Политики, гдѣ Аристотель различаетъ три формы дѣятельности гражданъ: τὸ βουλευόμενον περὶ τῶν κοινῶν, τὸ περὶ τὰς ἀρχάς, τὸ δικάζον; IV, 11, 1.

(ψηφίσματα) не можетъ быть признана демократіей въ собственномъ смыслѣ слова, ибо никакое подобное рѣшеніе не можетъ имѣть общаго характера»[1]). Между тѣмъ по свидѣтельству Ἀθηναίων πολιτεία это случилось въ аѳинской демократіи IV вѣка, когда демосъ владычествовалъ посредствомъ псефизмъ и судебныхъ постановленій, а вовсе не посредствомъ правильно изданныхъ законовъ [2]). Судебный контроль надъ тѣмъ, чтобы ψήφισμα не нарушала νόμος, невольно заставляетъ вспомнить объ американскомъ верховномъ судѣ, могущемъ отказывать въ примѣненіи актовъ конгресса, которые противорѣчатъ конституціи [3]). При подобныхъ условіяхъ участіе гражданъ въ судѣ является не менѣе важной функціей, чѣмъ участіе въ народномъ собраніи. «Тотъ», говоритъ Платонъ въ Законахъ, «кто не имѣетъ права принимать участіе въ засѣданіяхъ суда, считается вообще не принадлежащимъ къ государству» [4]).

Если сила закона охраняется отвѣтственностью простыхъ гражданъ, участвующихъ въ народномъ собраніи, то еще въ большей степени она требуетъ отвѣтственности должностныхъ лицъ. Послѣдняя выражалась въ обязанности отдавать отчетъ по окончаніи срока—обязанности, отъ которой не освобожденъ былъ и великій Периклъ. Коммиссія изъ членовъ совѣта, называемыхъ логистами, могла возбуждать преслѣдованіе не только по поводу замедленія въ отчетахъ (γραφὴ ἀλογίου), но и другихъ служебныхъ правонарушеній—утайки, подкупа, злоупотребленій

---

[1]) Pol. IV, 4, 7.

[2]) Ἀθ. Πολ. 41. Ср. Willamowitz-Möllendorf, Aristoteles und Athen, B. I, S. 187.

[3]) Первоначально, судя по даннымъ Ἀθηναίων πολιτεία, извѣстный надзоръ за законодательной дѣятельностью принадлежалъ ареопагу, но эта фукція отнята у него была реформами Эфіальта и Перикла. Данныя А. П. здѣсь весьма неопредѣленны; см. попытку ихъ истолкованія у Willamovitz, Aristoteles und Athen, B. II, S. 186, 191. Что касается до номофилаковъ, имя которыхъ какъ бы указываетъ на функціи хранителей закона, (sénat-conservateur), то учрежденіе ихъ относится къ позднѣйшей эпохѣ— къ реформѣ Димитрія Поліоркета. Schömann, B. I, S. 580; Gilbert, B. I, S. 172. Также къ позднѣйшей эпохѣ, вѣроятно, относятся и спартанскіе номофилаки, упоминаемые въ надписяхъ и у Павзанія (III, 11, 2)— Schömann, I, S. 254.

[4]) 768 B.

властью [1]), при чемъ судъ принадлежалъ геліастамъ. Впрочемъ обвинителемъ въ этихъ дѣлахъ могъ выступать и всякій простой гражданинъ: какой-либо административной гарантіи не существовало, какъ не имѣлось и спеціальной административной юстиціи—господствовало начало общаго суда [2]). До сдачи отчетовъ бывшій магистратъ подвергался ряду правоограниченій: онъ не могъ свободно уѣхать и распоряжаться своимъ имуществомъ [3]).

Можно спорить, насколько эта отвѣтственность была свободна отъ партійнаго давленія, насколько дѣйствительно она осуществлялась въ институтахъ λόγον ἐγγράφειν или ἀποφέρειν: въ идеѣ безотвѣтственной магистратуры не признавалось. Это приложимо не только къ аѳинской, но и къ спартанской конституціи. Спартанскія должностныя лица, начиная съ царей, отвѣчали передъ коллегіей эфоровъ, избираемыхъ на годъ, а эти послѣдніе отчитывались передъ своими преемниками. Характерно, что этой спартанской монархіи Аристотель противопоставляетъ неограниченное и безотвѣтственное самодержавіе [4]). Греческому монархическому праву вообще былъ чуждъ принципъ: the king can do no wrong, но въ особенности это относится къ Спартѣ, гдѣ цари были окружены такимъ недовѣріемъ—преувеличеннымъ и неумѣстнымъ въ глазахъ Аристотеля [5]). И если правители платоновской республики избавлены отъ отвѣтственности, то у нихъ предполагаются мотивы, достаточно сильные, которые заставляютъ воздерживаться отъ неправомѣрныхъ дѣйствій [6])—поскольку, конечно, можно говорить о правомѣрности въ этомъ какъ бы метаюридическомъ государствѣ.

---

[1]) Γραφὴ κλοπῆς, δώρων, ἀδίκων—Ἀθ. Πολ. c. 54.

[2]) Надо сказать, что извѣстная судебная власть осуществлялась и народнымъ собраніемъ черезъ εἰσαγγελία и отчасти ἐπαγγελία; что касается προβολαί, то здѣсь народное собраніе могло лишь высказываться, что есть мѣсто для судебнаго процесса противъ даннаго лица, но это не предрѣшало исхода судебнаго дѣла. Schömann, I, S. 420; Gilbert, B. I, S. 339.

[3]) Schömann, I, S. 437; Gilbert, I, S. 249.

[4]) Pol. III, 10, 2. Ср. А. П. 9.

[5]) Pol. II, 6, 20.

[6]) Гомперцъ указываетъ, что въ Республикѣ Платона такой отвѣтственности не существуетъ; поправкой здѣсь является кромѣ отсутствія у класса

Верховенство закона опредѣляетъ дѣятельность государства, какъ цѣлаго, и только его отраженныя слѣдствія достигаютъ отдѣльнаго гражданина. Понятіе гражданина неразрывно связывается съ участіемъ въ государственной жизни: «тотъ, кто въ демократіи гражданинъ, въ олигархіи часто уже не гражданинъ» [1])—какъ съ другой стороны само государство мыслится въ видѣ совокупности гражданъ: Аѳины—это οἱ Ἀθηναῖοι. Высшая степень свободы соединяется съ высшею степенью власти; по Эсхилу «никто не свободенъ кромѣ Зевса» [2]). Входитъ ли сюда въ качествѣ основного признака наличность извѣстной гражданской свободы, или правы Бэнжаменъ Констанъ и Фюстель де Куланжъ, когда они въ отсутствіи ея усматривали основную черту, раздѣлявшую античное и современное государство? Пусть въ греческомъ полисѣ мы не встрѣтимъ декларацій правъ человѣка и гражданина и не увидимъ юридически оформленныхъ субъективныхъ публичныхъ правъ свободы [3]). Однако прелесть этой свободы чувствовалась живѣйшимъ образомъ: о ней, какъ драгоцѣнной принадлежности аѳинскаго строя, чуждаго тиранической подозрительности и вмѣшательства въ ежедневную жизнь гражданъ, говоритъ рѣчь Периклъ надъ павшими воинами[4]); позднѣе, въ періодъ, который можно назвать сумерками греческаго полиса, ее восхвалилъ Изократъ, а Эврипидъ возвелъ ее къ началу аѳинскаго государства. «Здѣсь», говоритъ Тезей въ своей трагедіи Просительницы,«нѣтъ единовластія, здѣсь свободное государства; народъ самъ правитъ посредствомъ ежегодно

правителей всякихъ частныхъ интересовъ, вытекающихъ изъ семьи и собственности, наличность особаго воспитанія для этого класса—Griechische Denker, B. II, S.405. Ср. Pöhlmann, Geschichte des antiken Kommunismus, B. I, S. 278; П. Новгородцевъ, Политическіе идеалы древняго и новаго міра, II, с. 67.

[1]) Arist. Pol. III, 1, 1.

[2]) Prom., v. 50: ἐλεύθερος γαρ ουτις πλὴν Διός.

[3]) На этомъ настаиваетъ Hermann, Lehrbuch der griechischen Antiquitäten, B. II, S. 28; даже отъ пытки аѳинскій гражданинъ былъ защищенъ не въ силу закона, а въ силу псефизмы, которая каждую минуту могла быть измѣнена.

[4]) Thuc. II, 37: χρώμεθα γάρ πολιτείᾳ οὐ ζηλούσῃ τούς τῶν πέλας νόμους, παράδειγμα δὲ μᾶλλον αὐτοὶ ὄντες τινὶ ἢ μιμούμενοι ἑτέρους.... Καὶ ὄνομα μὲν διά τὸ μὴ ἰς ὀλίγους ἀλλ' ἐς πλείονας ἀρχεῖν, δημοκρατία κέκληται, μέτεστι δὲ κατὰ μὲν τούς νόμους πρός τά ἴδια διάφορα πᾶσι τὸ ἴσον... Ἐλευθέρως δὲ τά τε πρός τὸ κοινόν πολιτεύομεν.

смѣняющихся выборныхъ лицъ, богатому не дается преимущество, а бѣдные имѣютъ равныя права»[1]). Пусть хулители увидять въ этой свободѣ лишь своеволіе [2]) и будутъ находить спасеніе въ желѣзной дисциплинѣ аристократическаго строя [3]): аѳинская демократія оказывается способной обезпечивать порядокъ, не жертвуя индивидуальностью своихъ гражданъ.

Отъ правового государства въ Аѳинахъ ожидаютъ извѣстной степени гражданской свободы; но есть другое требованіе, которому оно должно удовлетворять въ еще большей степени—требованіе равенства. Идея равенства занимаетъ вообще исключительное мѣсто въ политической идеологіи аѳинянъ—въ этомъ можно ихъ сравнить съ французами [4]). Но она близка и родственна свободѣ.«Аѳинское равенство»,говоритъ Круазэ,«по мысли основателей демократіи запечатлѣно индивидуализмомъ и либерализмомъ; оно предполагаетъ подчиненіе закону, но лишь въ той сферѣ, гдѣ законъ долженъ осуществляться—при исполненіи гражданскихъ обязанностей, необходимыхъ для общей жизни города. Другими словами, употребляя современную терминологію, духъ, изъ котораго вытекало это равенство, не есть духъ государственнаго всемогущества и соціализма» [5]). Греція

---

[1]) Ἱκετίδες, v. 406. Это полная противоположность варварамъ, гдѣ τὰ βαρβάρων γὰρ δοῦλα πάντα πλὴν ἑνός,—Ἑλένη, v. 276. Эврипидъ вообще чрезвычайно интересенъ какъ свидѣтель о политическихъ идеалахъ греческой демократіи въ эпоху, когда эта демократія проявляетъ уже опасные симптомы упадка. Masqueray, Euripide et ses idées, p. 362. (Авторъ отмѣчаетъ и «défiance à l'égard de la foule» чувство, которое иногда заставляетъ вспоминать объ Аристоѳанѣ, p. 370). Характерныя мѣста изъ Эврипида объ отношеніи гражданина къ государству у Д. Ѳ. Бѣляева, Къ вопросу о міровоззрѣніи Эврипида, с. 115. О его общемъ скептицизмѣ—Campbell, Religion in greek litterature, p. 307.

[2]) Для Платона существуетъ тождество между понятіями ἀναρχία и ἐλευθερία—Resp., 557 B. Съ другой стороны онъ напоминаетъ въ Политикѣ, что истинное государственное искусство проявляется въ господствѣ надъ добровольно повинующимися: ἐπιμέλεια ἑκούσιος καὶ ἑκουσίων. Πολ. 276 E.

[3]) Впрочемъ и эта желѣзная дисциплина въ Спартѣ по представленію грековъ держалась на моральномъ признаніи ея гражданами, на πειθαρχία—Plat. Lyc., c. 30.

[4]) Hirzel, S. 312: «die Gleichheit war eine Panace geworden».

[5]) A. Croiset, Les démocraties antiques, p. 113.—Отсюда однако не слѣдуетъ, чтобы и въ Греціи не сознавались противорѣчія между разви-

знала грубую и льстивую демагогію; знала либерально-эгалитарное естественное право, которое могло вести къ разложенію государственныхъ узъ [1])—она не знала якобинскаго идеала. Менѣе всего онъ содержится въ понятіи *ἰσονομία*—слово, которое такъ много говорило душѣ аѳинскаго гражданина [2]) *Ἰσονομία* обозначаетъ не только устройство, дающее всѣмъ равное участіе въ государственной жизни, но и устройство свободное, противоположное тиранническому: можно было сказать, что Гармодій и Аристогитонъ дали Аѳинамъ изономію.

Самое понятіе демократіи слагается изъ ряда равенствъ: ея элементы—*ἰσοτιμία, ἰσοκρατία, ἰσηγορία, ἰσογονία, ἰσοτελεία*—а въ цѣломъ она есть *ἰσοπολιτεία*. [3]). Конечно, это равенство въ демократіи ограничивается полноправными,—сюда не входятъ ни рабы, ни метеки,—и чѣмъ шире раздвигаются рамки участія гражданъ въ благахъ государственной жизни, тѣмъ ревнивѣе охраняется грань, отдѣляющая ихъ отъ неполноправныхъ и безправныхъ [4]). Съ другой стороны, своеобразное равенство присуще

тіемъ политической демократіи и соціальнаго неравенства. Послѣ Пёльмана едва ли на это приходится указывать. См. его Geschichte des antiken Kommunismus und Sozialismus, B. II, S. 217 u. s. w. (особ. S. 431). Въ демократической Греціи были близки и понятны слова, которыя вкладываетъ въ уста демагогу Гиппону Плутархъ въ біографіи Діона, 974 (с. 37): *ὡς ἐλευθηρίας ἀρχὴν οὖσαν τὴν ἰσότητα, δουλείας δὲ τὴν πενίαν ὡς ἀκτήμοσιν.* Что касается до программы государственнаго соціализма, то ей не чужды были и консервативные круги аѳинскаго общества. Это можно видѣть изъ псевдо-ксенофонтовскаго трактата *Πόροι ἢ περὶ τῶν προσόδων* (особенно планъ государственной разработки серебряныхъ рудниковъ—IV, 13).

[1]) П. И. Новгородцевъ, Политическіе идеалы древняго міра, вып. I, с. 49.

[2]) *ἰσονομία—ὄνομα πάντων κάλλιστον* для Геродота (III, 80); по Ѳукидиду III, 82, 8 *οἱ ἐν ταῖς πόλεσιν προστάντες μετ' ὀνόματος ἑκάτεροι εὐπρεποῦς, πλήθους τε ἰσονομίας πολιτικῆς καὶ ἀριστοκρατίας σώφρονος προτιμήσει.* Ср. Hirzel, S. 240.

[3]) Hirzel, S. 267. Объ *ἰσοπολιτεία* съ точки зрѣнія греческаго международнаго права у Philippson, The international law and custom of ancient Greece and Rome, v. I, p. 141.

[4]) Законъ 451 г., проведенный Перикломъ, устанавливаетъ, что право гражданства принадлежитъ лишь тому, кто произошелъ отъ аѳинянина и аѳинянки. Соціально-политическое значеніе этой мѣры заключалось въ томъ же, что и основаніе клерухій—тѣмъ и другимъ путемъ сокращалось число гражданъ, получающихъ денежное вознагражденіе или продовольственную помощь отъ казны.

было и аристократическому полису—именно здѣсь мы встрѣчаемъ государственный коммунизмъ. Наконецъ, раньше, чѣмъ Аристотель высказалъ ученіе о распредѣлительной справедливости, имъ уже пользовались апологеты политическаго неравенства, доказывая, что это неравенство только видимое, въ дѣйствительности же всякій получаетъ ему приличествующее [1]). Въ этомъ отношеніи есть коренное различіе между политическимъ міровоззрѣніемъ лаконистовъ и моралью Критія—моралью анархиста-насильника, или, если употребить болѣе современный образъ, моралью грубо-эгоистически понимаемыхъ притязаній быть сверхчеловѣкомъ. Здѣсь вообще отсутствуетъ всякая правовая идея [2]), а въ строѣ Спарты эта идея получаетъ только своеобразное воплощеніе.

Въ греческомъ представленіи о правовомъ государствѣ послѣднему приписывается свойство, которое вообще признавалось одной изъ кардинальныхъ добродѣтелей эллинской этикой,— господство мѣры. И въ области конституціонной политики дѣйствуетъ золотое правило: μηδὲν ἄγαν. Отсутствіе этой мѣры, необузданность, есть самый характерный признакъ тираннической власти; онъ обозначается словомъ ὕβρις, въ коемъ содержится какъ бы вызовъ нравственному и общественному порядку. Надо сказать, что греческая политическая жизнь представляла здѣсь много предостерегающихъ примѣровъ—достаточно вспомнить приведенную у Аристотеля знаменитую клятву аристократовъ: принести какъ можно больше вреда своимъ согражданамъ [3]). Ѳукидидъ даетъ полную глубокаго чувства картину вырожденія политическихъ нравовъ въ эпоху пелопонезской войны, когда пали старыя сдержки, и главнымъ стимуломъ человѣческихъ

---

[1]) Какъ съ другой стороны кажущееся равенство есть въ дѣйствительности неравенство: Xen. Cyrop. II, 2, 18: ἔγωγε οὐδὲν ἀνισότερον νομίζω ἐν ἀνθρώποις εἶναι, ἢ τοῦ ἴσου τόν τε κακὸν καὶ τὸν ἀγαθὸν ἀξιοῦσθαι. Ср. у Платона Resp. VIII, 558 C.

[2]) Критій вполнѣ подходитъ къ итальянскимъ тираннамъ возрожденія, гдѣ отрицаніе всякихъ правовыхъ началъ часто совмѣщалось съ тонкимъ пониманіемъ ragione di stato. Можно здѣсь вспомнить жалобы Калликлеса въ Горгіи Платона на извращеніе естественнаго порядка, когда слабые правятъ сильными и лучшими, пользуясь несообразностями закона и государственнаго строя.

[3]) Pol. V, 7, 19.

дѣйствій такъ часто оказывалась неумолимая слѣпая ненависть[1]). Но эта ὕβρις всегда казалось болѣзненнымъ и въ то же время грѣховнымъ состояніемъ, несущимъ въ себѣ зародыши собственной кары [2]). Справедливость, напротивъ того, есть сохраненіе мѣры, сохраненіе установленнаго мѣста въ природѣ—она предписываетъ τὸ ἑαυτοῦ πράττειν, какъ говоритъ въ Республикѣ Платонъ[3]),—и это относится и къ отдѣльному человѣку и къ цѣлому обществу.

Чувство мѣры не допускаетъ доводить никакого принципа государственнаго устройства до крайности. Въ аристократической Спартѣ мы находимъ учрежденіе эфоровъ, надѣленныхъ черезвычайно широкой властью,—эфоровъ, которые являются представителями общины въ ея цѣломъ [4]). Аѳинская демократія ограничила верховенство народнаго собранія авторитетомъ суда; она не распространила демократическихъ началъ замѣщенія

---

[1]) Thuc. III, 82, 8: πάντων δ'αὐτῶν αἴτιον ἀρχὴ ἡ διὰ πλεονεξίαν καὶ φιλοτιμίαν, ἐκ δὲ αὐτῶν καὶ ἐς τὸ φιλονεικεῖν καθισταμένων τὸ πρόθυμον... 83,1: οὕτω πᾶσα ἰδέα κατέστη κακοτροπίας διὰ τὰς στάσεις τῷ Ἑλληνικῷ καὶ τὸ εὔηθες, οὗ τὸ γενναῖον πλεῖστον μετέχει, καταγελασθὲν ἠφανίσθη. Это одна изъ замѣчательнѣйшихъ страницъ у Ѳукидида, гдѣ какъ-то сочетается объективное пониманіе неизбѣжнаго съ возвышенною и въ то же время свободною отъ всякой сентиментальности грустью. Доводы Магаффи, Social life in Greece, p. 173 etc., обвиняющаго Ѳукидида въ предвзятомъ очерненіи современнаго ему греческаго характера—совсѣмъ не убѣдительны, какъ и упреки Мюллера-Штрюбинга въ докринерствѣ и педантизмѣ, хотя и нельзя подобно Круазэ приписывать Ѳукидиду полное, какое-то олимпійское безпристрастіе. Histoire de la littérature grecque, v. IV, p. 129. См. рѣчь Клеона, ib., III, 39—40. Очень ярко изображается это «ragione di stato»,—какъ оно понималось въ древней Греціи и какъ оно выражалось въ политической морали,—у Philippson, The international law and custom of ancient Greece and Rome, v. II, p. 90.

[2]) ὕβρις противополагается εὐνομίη—Odyss. XVII, v. 487 (ἀνθρώπων ὕβριν τε καὶ εὐνομίην ἐφορῶντες)—и δίκη. Hes. Ἔργα καὶ ἡμ. v. 213. У Платона ὕβρις стоитъ рядомъ съ ἀθεότης и ἀδικία.—Polit. 309 C. Ср. L. Schmidt, Die Ethik der alten Griechen, B. I, S. 253.

[3]) IV, 433.

[4]) Объ этой роли ихъ у Leist, Graeco-italische Rechtsgeschichte, S. 507; Schömann, Griechische Altertümer, B. I, S. 242, 424. Аристотель въ Политикѣ, II, 6, 14 подчеркиваетъ, что въ эфоры выходили изо всѣхъ слоевъ, даже бѣднѣйшихъ (ἡ γὰρ ἀρχὴ κυρία μὲν αὐτοῖς ἐστίν, γίγνονται δ' ἐκ τοῦ δήμου πάντες ὥστε πολλάκις εμπίπτουσιν ἄνθρωποι σφόδρα πένητες εἰς τὸ ἀρχεῖον), вслѣдствіе чего они оказывались доступны подкупу.

должности по жребію [1]) на стратеговъ [2]). Самая блестящая ея эпоха показала возможность въ ней сильной единоличной власти, которую мы встрѣчаемъ у Перикла—эпоха, когда по отзыву Θукидида въ Аθинахъ была «λόγῳ μὲν δημοκρατία, ἔργῳ δὲ ἡ ὑπὸ τοῦ πρώτου ἀνδρὸς ἀρχή» [3]). Съ другой стороны стремленіе «соблюсти мѣру» сказалось даже въ такомъ институтѣ, какъ остракизмъ, хотя послѣдній и являлся весьма обычно средствомъ простой партійной политики. Какъ средство обезпеченія внутренняго государственнаго равновѣсія остракизмъ до извѣстной степени защищается Аристотелемъ [4]).

Нигдѣ не найдемъ мы такого послѣдовтельнаго проведенія чувства мѣры, какъ у автора Политики,—и здѣсь открывается ея полное единство съ Этикой [5]). Государство не является исключительнымъ и одностороннимъ единствомъ, какъ склоненъ его мыслить Платонъ: ему необходимо присущъ элементъ множества [6]). Аристотель чуждъ имперіалистическихъ соблазновъ, которые въ его эпоху могли имѣть весьма реальное основаніе; онъ желаетъ ограниченной территоріи и ограниченнаго населенія—желаетъ чтобы государство было «легко обозримымъ»

---

[1]) Едва ли можно признать докимасію коррективомъ къ выборамъ (Schömann, B. I, S. 443), какъ нельзя признать такимъ коррективомъ провѣрку парламентскихъ выборовъ.

[2]) Αθ. πολ. c. 61. О важности обязанностей, лежавшихъ на стратегахъ, у Schömann, B. I, S. 485; Gilbert, B. I, S. 256; Willamowitzs-Möllendorf, Aristoteles und Athen, B. II, S. 108.

[3]) II, 65, 9. Ср. В. Бузескулъ, Исторія аθинской демократіи, с. 157.

[4]) Pol. III, 8, 5—6: δῆλον δὲ τοῦτο καὶ ἐπὶ τῶν ἄλλων τεχνῶν καὶ ἐπιστημῶν. Οὔτε γὰρ γραφεὺς ἐάσειεν ἂν τὸν ὑπερβάλλοντα πόδα τῆς συμμητρίας ἔχειν τὸ ζῶον, οὐδ' εἰ διαφέροι τὸ κάλλος, οὔτε ναυπηγὸς πρυμνὸν ἢ τῶν ἄλλων τιμορίων τῶν τῆς νέως... οὐδὲ δὴ χοροδιδάσκαλος τὸν μεῖζον καὶ κάλλιον τοῦ παντὸς χοροῦ φθεγγόμενον ἐάσει συγχορεύειν.—Διὸ κατὰ τὰς ὁμολογουμένας ὑπεροχὰς ἔχει τι δίκαιον πολιτικὸν ὁ λόγος ὁ περὶ τὸν ὀστρακισμόν. Ср. Ἀθηναίων Πολιτεία c. 22. Съ этимъ можно сопоставить φθόνος θεῶν, зависть боговъ, о которой такъ хорошо умѣлъ разсказывать Геродотъ, и которая отличалась отъ простой человѣческой зависти именно этимъ чувствомъ своеобразной справедливости, сохраненія мѣры. Ср. L. Schmidt, Die Ethik der alten Griechen, B. I, S. 79.

[5]) Eth. Nic. II, 6: τὸ δ' ἴσον μέσον τι ὑπερβολῆς καὶ ἐλλείψεως. Ср. Mor. Eudem. II, 5: ἀναγκαῖον δὲ εἴη τὴν ἠθικὴν ἀρετὴν καθ' αὑτὸν ἕκαστον μεσότητα εἶναι ἢ περὶ μέσ' ἄττα δ' εἰ ἡδοναῖς καὶ λύπαις καὶ ἡδέσι καὶ λυπεροῖς.

[6]) Pol. II, 2, 4: πλῆθος γάρ τι τὴν φύσιν ἐστὶν ἡ πόλις, γινομένη τε μία μᾶλλον οἰκία μὲν ἐκ πόλεως, ἄνθρωπος δ' ἐξ οἰκίας ἔσται.

(εὐσύνοπτον) [1]. Онъ сторонникъ преобладанія среднихъ классовъ [2], средняго такъ сказать направленія въ воспитаніи [3], среднихъ рѣшеній въ политикѣ—своего рода aurea mediocritas; отсюда его симпатіи къ Ѳерамену [4]. Этотъ принципъ мѣры прилагается Аристотелемъ и къ разбору отдѣльныхъ типовъ государственнаго устройства—разбору, который представляетъ едва ли превзойденный образецъ широты и проницательности. Монархія тѣмъ лучше, чѣмъ болѣе сдержекъ находитъ власть царя во власти закона [5]. То же самое можно сказать относительно демократіи и олигархіи: онѣ тѣмъ болѣе расходятся съ правовыми требованіями, чѣмъ менѣе противовѣсовъ встрѣчаетъ въ нихъ власть демоса и власть знатныхъ [6]. Даже худшая изъ формъ правленія—тираннія различается по степени: чѣмъ болѣе отклоняется она въ сторону монархіи, тѣмъ болѣе она терпима [7]. Поэтому въ демократическомъ строѣ важно сохранить извѣстныя учрежденія, присущія обыкновенно аристократіямъ, и обратно, лучше же всего сочетать особенности обоихъ государственныхъ устройствъ. Если, напримѣръ, въ демократіи должности замѣщаются по жребію при отсутствіи всякаго ценза, а въ олигархіи по выбору и съ высокимъ цензомъ, то можно взять средній путь и ввести выборность, но безъ ценза [8].

Здѣсь правомѣрность совпадаетъ съ цѣлесообразностью, понимаемой какъ благо государства. Анонимный авторъ Ἀθηναίων πολιτεία, которая дошла до насъ среди сочиненій Ксенофонта, изображаетъ въ самыхъ черныхъ краскахъ аѳинскій строй, грубо нарушающій право и справедливость, и въ то же время признаетъ, что всѣ эти несправедливости,

---

1) VII, 4, 8; 5, 2.

2) IV, 9, 6.

3) VIII, 7, 11.

4) Ἀθηναίων Πολιτεία c. 36.

5) V, 8, 22. Никакъ нельзя согласиться съ Дарестомъ, будто для Аристотеля истинная монархія есть лишь παμβασιλεία, гдѣ ἄρχει πάντων κατὰ τὴν ἑαυτοῦ βούλησιν ὁ βασιλεύς. La science du droit en Grèce, p. 245.

6) IV, 4, 3; 5, 1.

7) IV, 8, 2—3.

8) IV, 7, 2—4 и другіе примѣры, какъ плата за исполненіе судебныхъ обязанностей—институтъ, свойственный демократіи, и штрафы за неявку—что обычно въ аристократіи.

все это господство худшихъ соотвѣтствуютъ интересамъ демократіи—они цѣлесообразны и даже простительны, ибо «простительно каждому благодѣтельствовать самому себѣ»[1]). Съ этимъ никогда бы не согласился Аристотель. «Если кто-нибудь начнетъ усиливать тотъ или другой строй, то прежде всего онъ его испортитъ, а въ концѣ концевъ обратитъ въ ничто» [2]).

Это связано съ самымъ понятіемъ государства, какъ оно выработалось всѣмъ развитіемъ греческой мысли. Софисты предлагали видѣть въ государствѣ чисто условное установленіе: связь въ немъ отдѣльныхъ гражданъ они понимали механически. Въ противоположность этому создается представленіе, которое такъ присуще было Сократу,—представленіе о государствѣ, обоснованномъ не на θέσις, а на φύσις. Государство есть часть космоса и причастно господствующему въ немъ порядку—родство этихъ понятій выступаетъ впослѣдствіи у стоиковъ; государство въ то же время принадлежитъ и міру этики: оно необходимо для удовлетворенія не только матеріальныхъ, но и нравственныхъ потребностей человѣка. Въ поискахъ справедливости, которая не умѣщается въ рамкахъ жизни отдѣльнаго человѣка, приходитъ Платонъ въ Республикѣ къ государству. Аристотелевская Политика есть продолженіе и завершеніе его Этики [3]). Съ другой стороны,

---

1) Ἀθηναίων πολιτεία, напр. I, 4—6; III, 10: ἐν οὐδεμίᾳ γὰρ πόλει τὸ βέλτιστον εὔνουν τῷ δήμῳ· οἱ γὰρ ὅμοιοι τοῖς ὁμοίοις εὔνοι εἰσιν. Разборъ трактата см. у А. Н. Шварца (Ξενοφῶντος) Ἀθηναίων πολιτεία, Введеніе (с. 1—63). Новѣйшій изслѣдователь Kalinka, Die pseudoxenophontische Ἀθηναίων πολιτεία, Einleitung, Uebersetzung, Erklärung—предлагаетъ видѣть въ трактатѣ лишь нѣкоторое ораторское упражненіе—ἐπίδειξις—на манеръ тѣхъ образцовъ риторической виртуозности, которые создавались софистами. S. 53.

2) V, 7, 18: ἐὰν δὲ τις ἐπιτείνῃ αὐτῶν πρῶτον μεν χείρω ποιήσει τὴν πολιτείαν, τέλος δ' οὐδὲ πολιτείαν. Гомперцъ напоминаетъ, что опасность провести до конца въ государстенномъ строѣ единый абсолютный принципъ вполнѣ признана и въ Законахъ Платона, гдѣ мы встрѣчаемъ «die mit stärksten Emphase betonte Notwendigkeit einer temperirten oder gemischten Verfassungsform».— Griechische Denker, B. II, S. 502.

3) Въ Eth. Nic. V, 2, 11 поставлена проблема: οὐ γὰρ ἴσως ταὐτὸν ἀνδρί τ' ἀγαθῷ εἶναι καὶ πολίτῃ παντί. Однако въ дальнѣйшемъ оказывается, что здѣсь нѣтъ дисгармоніи. Конечно, государственные идеалы Аристотеля имѣютъ опредѣленный эвдемонистическій оттѣнокъ—Pöhlmann, B. I, S. 593 (ср. его замѣчанія объ эвдемонизмѣ у Платона, S. 390). Но τὸ εὖ ζῆν и значитъ идти по пути справедливости. Впрочемъ, выводъ Вилламовица, будто Аристотель

у него государственное общенie, какъ таковое, заключаетъ извѣстный элементъ права—безъ него вообще не можетъ существовать государство [1]). Здѣсь выражается качественное отличie власти государства отъ другихъ видовъ власти—первая есть всегда власть надъ свободными по природѣ [2]). Отсюда вытекаетъ важнѣйшее въ глазахъ Аристотеля различенie государственныхъ формъ. «Ясно, что только тѣ формы государственнаго строя, при которыхъ имѣется въ виду общая польза, оказываются согласно полной справедливости правильными, тѣ же формы, при которыхъ имѣется въ виду только личное благо правителей, всѣ ошибочны и отклоняются отъ правильныхъ: онѣ основаны на деспотическомъ принципѣ, а государство есть общенie свободныхъ людей» [3]). Эта общая польза, отличная отъ пользы отдѣльнаго гражданина или отдѣльнаго класса, выражается въ господствѣ справедливости—уравнивающей и распредѣляющей. Отличнаго отъ нея государственнаго интереса—«ragione di stato»—Аристотель не знаетъ, и, можно сказать, Политика содержитъ въ себѣ не только изслѣдованie, но и оправданie государства.

Какой контрастъ между эѳемерной политической самостоятельностью греческихъ городскихъ общинъ и тѣми великими политическими идеалами, которые они оставили грядущимъ вѣкамъ. Когда мы въ нихъ всматриваемся, мы открываемъ не только генiальную наблюдательность, не только смѣлое политическое творчество, не только глубокiй нравственный паѳосъ, но и живое чувство права.

нигдѣ не является въ такой мѣрѣ платоникомъ, какъ именно въ своемъ построенiи лучшаго государства—«er construirt sich seine Stadt κατ' εὐχήν, aber er construit auch sehr ins blaue»—Arist. und Athen, B. I, S. 356,—есть одно изъ обычныхъ преувеличенiй этого столь талантливаго и въ то же время столь субъективнаго въ своемъ импрессiонизмѣ автора.

[1]) I, 1, 12: ἡ γὰρ δίκη πολιτικῆς κοινωνίας τάξις ἐστίν.

[2]) I, 2, 21; III, 2, 9.

[3]) III, 4, 7: φανερὸν τοίνυν ὡς ὅσαι μὲν πολιτεῖαι τὸ κοινῇ συμφέρον σκοποῦσιν, αὗται μὲν ὀρθαὶ τυγχάνουσιν οὖσαι κατὰ τὸ ἁπλῶς δίκαιον, ὅσαι δὲ τὸ σφέτερον μόνον τῶν ἀρχόντων, ἡμαρτημέναι πᾶσαι καὶ παρεκβάσεις τῶν ὀρθῶν πολιτειῶν· δεσποτικαὶ γάρ, ἡ δὲ πόλις κοινωνία τῶν ἐλευθέρων ἐστίν. Ср. III, 5.

Переходя къ Риму, испытываешь прежде всего впечатлѣніе сравнительной бѣдности его политической мысли. Гумпловичъ, постоянно готовый возвращаться къ доказательствамъ непримѣнимости юридическаго метода при изученіи государства, даже извѣстной противоположности между юриспруденціей и государствовѣдѣніемъ, видитъ въ указанной бѣдности не простую случайность: она есть отрицательное выраженіе римскаго національнаго генія—обратная сторона тѣхъ великихъ заслугъ, которыя принадлежатъ римлянамъ въ дѣлѣ созданія единственнаго въ глазахъ Гумпловича подлиннаго права—гражданскаго [1]).

Впечатлѣніе это понятно; но вкладъ народа въ общечеловѣческій капиталъ политической мудрости, конечно, не долженъ быть оцѣниваемъ здѣсь лишь его способностью къ теоретической рефлексіи, къ отвлеченіямъ и обобщеніямъ. Великая хартія вольности стоитъ многихъ глубокомысленныхъ трактатовъ. Если въ Римѣ не было своего Аристотеля, то въ римскомъ государственномъ строѣ разрѣшены были задачи несравненной трудности—хотя бы, оставляя въ сторонѣ исторію римской городской общины, тѣ задачи, которыя стали при организаціи Италіи.

Полибій видѣлъ въ этомъ строѣ чрезвычайно удачное совмѣщеніе монархическаго, аристократическаго и демократическаго начала, воплотившихся въ консулахъ, сенатѣ и комиціяхъ [2]). Такое равновѣсіе менѣе всего являлось плодомъ сознательнаго, исходящаго изъ теоретическихъ представленій кон-

---

[1]) Geschichte der Staatstheorien, S. 75. Cp. Carle, La vita del diritto, p. 140—интересная ссылка на Kerbaker, Prolusione de filologia comparata, гдѣ между прочимъ разсматривается различіе въ этимологіи πόλεμος и εἰρήνη, bellum и pax; у грековъ война и миръ берется въ политическомъ, у римлянъ—въ юридическомъ аспектѣ.Здѣсь есть извѣстный параллелизмъ съ отношеніемъ греческаго ἀλήθεια и латинскаго veritas—объ этомъ блестящій и тонкій анализъ у Павла Флоренскаго, Столпъ и утвержденіе истины, с. 17, 19. Цѣнныя иллюстраціи указаннаго контраста могло бы дать и сопоставленіе греческихъ и римскихъ культовъ—сколько юридическаго въ одномъ словѣ superstitio. Впрочемъ этотъ конрастъ Греціи и Рима существенно ослабляется, по мѣрѣ того какъ новѣйшія изслѣдованія отводятъ все большее мѣсто эллинизму, (который самъ воспринялъ столько восточныхъ вліяній), въ созданіи римскаго права. Послѣ трудовъ Миттейса нельзя на немъ не видѣть печати культурнаго синкретизма, какъ послѣдній лежитъ на всемъ духовномъ обликѣ имперіи.

[2]) Pol. VI, 11—18.

ституціоннаго творчества: государственное устройство вырабатывалось чисто эмпирически. Здѣсь можно тоже видѣть извѣстное основаніе для часто высказываемаго сопоставленія Англіи и Рима. Самое государственное устройство представлялось римлянамъ въ иномъ свѣтѣ, чѣмъ πολιτεία у грековъ: республика не связана съ наличностью тѣхъ или другихъ учрежденій, и не могло быть сомнѣній, что созданіе принципата не знаменуетъ созданія новаго государства. Римское государство есть populus Romanus, при чемъ послѣднее понятіе не предполагаетъ непремѣнно даже активной дѣятельности этого народа въ комиціяхъ [1]). Бытовой консерватизмъ вполнѣ уживался съ готовностью видоизмѣнять по мѣрѣ новыхъ потребностей государственный строй. Этому послѣднему, однако, при разныхъ перемѣнахъ оставались присущи извѣстные принципы, сообщавшіе ему въ сознаніи римлянъ необходимую правомѣрность.

Прежде всего источникомъ власти признается народъ: римскій магистратъ по правилу есть лицо, получившее мандатъ отъ народа [2]). Впрочемъ источникомъ власти можетъ быть и не вся римская община; въ предѣлахъ ея существуютъ сословныя автономныя общины, которыя ставятъ своихъ магистратовъ—патриціанскихъ и плебейскихъ [3]). Отсюда начало выборности властей: если диктатора не выбираютъ, а назначаетъ консулъ, это въ еще большей степени подчеркиваетъ экстраординарный характеръ его должности. Элементы выборности присущи были и сакральнымъ магистратамъ послѣ плебисцита Агенобарба (102 г. до Р. X.),—раньше здѣсь господствовало начало кооптаціи [4]).

Правда, этотъ народный характеръ римскаго государства за-

---

[1]) Lange, Römische Altertümer, B. I, S. 447.

[2]) Mommsen, Römisches Staatsrecht, B. I, S. 44—въ этомъ смыслѣ есть контрастъ между magister и magistratus (напр. въ senatusconsultum de Bacchanalibus—ib. Anm. 3); B. III, S. 300.

[3]) Напр. Livius, 3, 39, 9: fuisse regibus exactis patricios magistratus, creatos postea post successionem plebis plebeios.

[4]) Mommsen, R. S. B. II, I, S. 27. Въ области сакральной магистратуры римляне отличались особымъ консерватизмомъ, и плебеи получили возможность быть авгурами и понтификами по lex Ogulnia позже, чѣмъ былъ имъ открытъ доступъ къ высшимъ магистратурамъ; достоинство фламиновъ осталось для нихъ закрытымъ; наконецъ, какъ воспоминаніе о древней власти, сохранялся rex sacrificulus.

темняется растущимъ авторитетомъ сената, который первоначально кажется лишь совѣщательной коллегіей[1]) и постепенно обращается въ дѣйствительное правительство республики: populus Romanus уступаетъ мѣсто senatus populusque Romanus [2]). Постепенно, ибо, выражаясь терминами Дайси, можно сказать, что весь ростъ правомочій сената происходилъ путемъ развитія конвенціональныхъ нормъ [3]).

Власть магистрата основана на мандатѣ[4]), и въ этомъ смыслѣ онъ является представителемъ общины [5]),но нѣтъ ничего менѣе свойственнаго римской политической психологіи, чѣмъ стрем-

---

[1]) Этимъ объясняется, что противъ сената нельзя было возбудить actio popularis и онъ не подлежалъ отвѣтственности, которая цѣликомъ падала на магистратовъ. Willems, Le sénat de la république romaine, v. II, p. 256.

[2]) О развитіи компетенціи сената—его auctoritas и consilium—у Willems, Le sénat de la république romaine, v. II, p. 33. Несомнѣнно, это развитіе стояло въ связи съ измѣненіемъ организаціи, которая въ свою очередь отражала, повидимому, коренныя перемѣны въ устройствѣ римской общины. Подъ такимъ угломъ зрѣнія изслѣдуетъ вопросъ Bloch, Les origines du sénat romain въ Bibliothèque de l'école française d'Athène et de Rome, fasc. 29, p. 303: «une idée s'impose... que l'histoire du Sénat ne peut se détacher de celle de la cité».—Lex Ovinia, который отнялъ у консуловъ право назначать сенаторовъ и передалъ его цензорамъ, оговорилъ обязательство преимущественнаго выбора старыхъ магистратовъ (ex omni ordine). Отсюда однако еще весьма далеко до вывода Буше-Леклерка: «la loi Ovinia fit du peuple le veritable électeur du Sénat». Manuel des institutions romaines, p. 95.

[3]) Rubino, Untersuchungen über römische Verfassung und Geschichte, B. I, S. 237, отвергаетъ господство народнаго суверенитета въ республиканскомъ Римѣ: рядомъ съ народомъ дѣйствуетъ сенатъ и магистраты. Это однако не измѣняетъ положенія, что источникомъ власти остается община.—Діонисій Галикарнасскій въ сходныхъ чертахъ изображаетъ конституцію царской эпохи. Antiquit. rom. II, 14: τῷ δὲ δημοτικῷ πλήθει τρία ταῦτα ἐπέτρεψεν· ἀρχαιρεσιάζειν τε καὶ τοὺς νόμους ἐπικυροῦν καὶ περὶ πολέμου διαγνώσκειν ὅταν ὁ βασιλεὺς ἐφῇ οὐδὲ τούτων ἔχοντι τὴν ἐξουσίαν ἐπίπληκτον, ἂν μὴ καὶ τῇ βουλῇ ταῦτα δοκῇ.

[4]) Lange Römische Altertümer, B. I, S. 683, oc. 686.

[5]) Объясненія Сервія къ Энеидѣ, II, 161: quod rex promittit videtur res publica polliceri—имѣетъ силу и относительно республиканскихъ магистратовъ, которые представляютъ общину въ ея правахъ и обязанностяхъ, представляютъ ее въ гражданскомъ процессѣ и т. п.—Mommsen, B. I, S. 192.

леніе превратить должностныхъ лицъ въ покорныхъ и пассивныхъ исполнителей чужой воли. Римскому строю присуще обратное стремленіе—создать сильную власть[1]); высшіе магистраты надѣлены совокупностью всѣхъ тѣхъ весьма широкихъ полномочій, которыя покрываются словомъ imperium. Это понятіе допускаетъ различія въ степеняхъ—есть maius и minus imperium—какъ и градаціи въ смыслѣ территоріальнаго осуществленія[2]), но оно непремѣнно заключаетъ въ себѣ юрисдикцію[3]), и военное командованіе. Магистратъ есть носитель не только народнаго довѣрія, но и государственной силы, и примѣняетъ ее въ случаѣ неповиновенія. Очень энергично проведено начало іерархической дисциплины, которое выражалось въ формулѣ par maiorve potestas: всякій магистратъ обязанъ повиноваться повелѣнію того, кто обладаетъ maior potestas—преторъ консулу, консулъ диктатору[4]). Противовѣсомъ является коллегіальность магистратуры—точнѣе предоставленіе одинаковой власти нѣсколькимъ лицамъ (чаще всего двумъ)—хотя каждый магистратъ остается вполнѣ самостоятельнымъ въ своихъ дѣйствіяхъ. Здѣсь опять выражается особенность диктатуры съ ея единоличностью. Выборныя полномочія ограничивались такимъ

---

[1]) Jhering, Geist des römischen Rechtes, B. II, 1, S. 263 особенно подчеркиваетъ: «die Popularität der Gewalt und die Auctorität des Beamtentums in Rom» въ связи съ «angeborener Sinn der Römer für Macht, Disziplin und Unterordnung». Ср. ibid., B.I, S. 262—о вліяніи здѣсь военной дисциплины. Едва ли можно сомнѣваться, что и patria potestas, которая приближается къ абсолютному господству, къ господству надъ рабами, не осталось безъ вліянія на эти свойства римскаго характера. Надо при этомъ помнить, что римская patria potestas выражала эгоистическій интересъ отца; здѣсь нѣтъ того комплекса обязанностей, которыя неразрывно связаны съ современнымъ понятіемъ отцовской власти. Ср. Gai, I, 55: item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos iustis nuptiis procreavimus. Quod ius proprium civium romanorum est. Fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem qualem nos habemus.

[2]) Mommsen, B. II, I, S. 635.

[3]) Въ формѣ coercitio осуществляется уголовная юрисдикція безъ участія народнаго собранія и присяжныхъ. Mommsen, Römisches Strafrecht, S. 35.

[4]) Livius 5, 9. Mommsen B. I. S. 56. Mispoulet, Les institutions politiques des romains, v. I, p. 71.

краткимъ срокомъ, какъ годичный; для переизбранія на занимаемую должность плебисцитъ установилъ обязательный десятилѣтній промежутокъ[1]).

Наконецъ, твердо проводилось начало отвѣтственности, къ которой могли быть привлекаемы магистраты по истеченіи служебнаго срока (низшія должностныя лица и во время этого срока). Отвѣтственность устанавливалась передъ общими судами на общихъ основаніяхъ; римскому государственному праву былъ чуждъ институтъ административной гарантіи въ какомъ бы то ни было видѣ[2]). Замѣчательно, что безотвѣтственностью пользовались цензоры[3]), которымъ принадлежалъ т. с. нравственный судъ и которые въ немъ были свободны[4]); не всякая цензорская нота сопровождалась непремѣнно юри-

---

[1]) Liv. 7, 42. Можно напомнить здѣсь о спорахъ, которые возбуждало право переизбранія американскаго президента съ точки зрѣнія соотвѣтствія этого права народовластію—при созданіи конституціи 1787 г. и въ позднѣйшее время.

[2]) Mommsen, B. I, S. 88: «die ungemeine politische Befähigung der Römer sich aus diesem Gebiete dadurch offenbart, dass sie den Beamten keine, weder eine erschwerte noch eine erleicherte Ausnahmestellung gegeben haben. Im allgemeinen unterliegt der Beamte wie der Private der gesetzlichen Civil-Administrativ—und Criminaljurisdiction und durchaus vor den gleichen Behörden. Das monstruöse Institut exceptioneller politischen Controlhöfe ist den Römern unbekannt geblieben: die gewöhnlichen Landesgesetze und Landesgerichte genügen auch für die Beamten».—Это не исключало особой обязанности отдавать по окончаніи должностного срока финансовый отчетъ—обязанности, отъ которой освобождался лишь диктаторъ. Нельзя однако сказать, чтобы римскому строю была совсѣмъ чужда административная юстиція. Наличность ея въ столкновеніяхъ частнаго лица и государства (не fiscus principis, который первоначально трактовался частноправовымъ образомъ) убѣдительно показана у Girard, Histoire de l'organisation judicière des Romains, v. I, p. 128.

[3]) Противъ potestas censoria въ собственномъ смыслѣ не дѣйствовала даже трибунская интерцессія.

[4]) Въ этомъ смыслѣ противополагались praetorium ius ad legem и censorium iudicium ad aequum—Varronis, De lingua latina, l. VI, c. 7, § 71. Характерно, что цензоръ никогда не замѣняетъ консула, не осуществляетъ вообще формальной юрисдикціи (за исключеніемъ нѣкоторыхъ судебно-административныхъ дѣлъ—Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, B. I, S. 63; Girard, v. I, p. 141) и не имѣетъ военнаго командованія—Mispoulet, Les institutions politiques des romains. v. I, p. 98

дическими послѣдствіями для отмѣченнаго ею[1]). Съ другой стороны и гарантіи противъ злоупотребленій цензора по преимуществу моральныя, если не считать, что юридическую силу могло имѣть лишь постановленіе обоихъ цензоровъ [2]).

Власть магистрата подзаконна, ибо въ государствѣ господствуетъ законъ: недаромъ Ливій считаетъ основаніе Рима съ законодательства, которое одно могло соединить разнородную массу въ народное единство[3]). Участіе народа въ законодательной власти есть не менѣе важное проявленіе народоправства, чѣмъ выборъ должностныхъ лицъ. Тѣмъ не менѣе въ процессѣ созданія закона народное собранье не играетъ той роли, которую ему какъ бы отводитъ извѣстное опредѣленіе Гая: lex est quod populus iubet atque constituit[4]). Lex въ своемъ точномъ значеніи есть договоръ магистрата съ народомъ; магистратъ предлагаетъ—народъ принимаетъ или отвергаетъ; принимая

---

[1]) Jhering, Geist des r. R. B. II, 1, S. 56 сопоставляетъ римскую цензуру и духовные суды въ средніе вѣка.

[2]) Liv. 42, 10; 45, 15. По словамъ Моммсена, II, 1, S. 363: «wenn der Census überhaupt Willkür ist, so gilt dies im eminentesten Sinne von dieser Sittengericht: rechtliche Schranken und Grenzen dieses Beliebens giebt es nicht». Интересныя данныя о происхожденіи цензуры у Leuze, Zur Geschichte der römischen Census; обязанности цензора первоначально исполнялись консулами, и лишь впослѣдствіи, въ 331 г. переданы были сначала экстраординарнымъ магистратамъ—duoviri censui agendo. Отсюда развилась ординарная магистратура, связанная съ lustrum; ея компетенція постепенно въ чрезвычайной степени расширилась. Zusammenfassung, S. 142—144. Противорѣчія въ традиціи о происхожденіи цензуры—у Pais, Storia di Roma v. I, parte II, p. 33. Не лишне замѣтить, что только цензоръ погребался въ царскомъ пурпурѣ, какъ сообщаетъ Полибій, VI, 53, 7—эта почесть отличаетъ τιμητής отъ ὕπατος и στρατηγός.

[3]) I, 8: vocata multitudine quae coalescere in populi unius corpus nulla re praeterquam legibus poterat, iura dedit. Ср. интересныя данныя у Henriot, Moeurs juridiques et judiciaires de l'ancienne Rome d'après les poètes latins—объ отношеніи къ закону властей, какъ оно выражено у римскихъ поэтовъ, v. I, p. 39.

[4]) Въ отличіе отъ того «quod plebs iubet atique constituit, senatus iubet atque constituit... imperator decreto vel edicto vel epistola iubet atque constituit»—Gai, I, 3, 4, 5. Здѣсь воспроизводится положеніе, которое дано еще въ законахъ XII таблицъ: ut quodcumque postremum populus iussisset, id ius ratumque esset.

законъ онъ себя имъ связываетъ—populus lege tenetur[1]); выраженіе lege populus non tenetur показываетъ, что данный законъ не имѣетъ силы[2]). Отсюда понятно, что законодательная иниціатива должна принадлежать магистратамъ[3]). Такимъ образомъ, функціи римскихъ комицій существенно отличаются отъ современныхъ парламентскихъ функцій. Совершенно такъ же связываетъ плебисцитъ, сначала плебеевъ, а затѣмъ послѣ lex Valeria Horatia, Publilia и Hortensia—весь народъ[4]).

Повидимому, матеріальное значеніе закона, какъ общей нормы—по Папиньяну lex est commune praeceptum[5])—долгое время было чуждо римскому сознанію и вообще въ гораздо меньшей степени отразилось въ римскомъ, чѣмъ въ греческомъ правѣ; по содержанію leges охватывали и νόμοι и ψηφίσματα. Въ противоположность аѳинскому народному собранію римскія комиціи могли давать диспенсаціи отъ закона и создавать приви-

---

[1]) Varro, De lingua latina, l. VI, c. 7, §. 66: item ab legendo... Leges... quae lectae et ad populum latae quas et observet. Ср. Polyb. VI, 14, 10: ἔχει (ὁ δῆμος) δὲ τὴν κυρίαν καὶ περὶ τῆς τῶν νόμων δοκιμασίας. Mommsen, B. III, S. 305: «Lex... bezeichnet die Bindung eines Rechtssubjects gegenüber einem anderen und zwar immer in dem Sinne, dass der eine Teil die Bedienung der Bindung formulirt und die Initiative hat, der andere Teil in diese Bedienungen eintrit». Ср. Jhering, B. I, S. 201: «Wille des Staates ist Wille der Individuen, Gesetz ein Vertrag, wodurch sich letztere zur einen gewissen Handlungsweise verpflichtet, das Recht im objectiven Sinne die daraus entstehende Verpflichtung Aller». Такимъ образомъ, по Іерингу субъектомъ законодательной власти оказывается не государство, а отдѣльные граждане. Lex обозначаетъ самый актъ наложенія обязательства, ius—вытекающее отсюда состояніе.

[2]) Cicero, De domo, 16, 41: iudicavit senatus... M. Drusi legibus... populum non teneri.

[3]) Опредѣленіе Капитона у Геллія, Noctium atticarum, l. X, 20, 2: lex est generale iussum populi aut plebis rogante magistratu.

[4]) Есть нѣкоторая неясность относительно того, въ какомъ порядкѣ plebiscita получили одинаковую силу съ leges—противорѣчія въ традиціи указаны у Pais, Storia di Roma, v. I, parte I, p. 563; но исходъ этого процесса вполнѣ опредѣленный. Плебисцитъ даже иногда обозначается словомъ lex,—Mommsen, B. III, S. 150. Въ этой области компетенція трибутныхъ комицій сравнялась съ компетенціей центуріатныхъ за нѣкоторыми исключеніями—напр., при rogatio de bello indicendo (Liv., 45, 21—интерцессія трибуна противъ претора, внесшаго подобное rogatio въ comitia tributa).

[5]) Dig. I, tit. 3, 1.

легіи[1]). Высшую авторитетность давало народное признаніе: законы республики—leges rogatae (въ противоположность leges datae царскаго періода, а также позднѣйшимъ актамъ конституціоннаго характера и сакральнымъ нормамъ)[2]). Съ другой стороны признаніе создаетъ особую обязательность для признавшихъ: lex publica охватываетъ сумму обязанностей гражданина передъ государствомъ[3]). Юліанъ указываетъ, что подобное молчаливое признаніе лежитъ въ основѣ и обычнаго права [4]).

Гарантія подзаконности управленія дается въ правѣ апеллировать отъ рѣшеній магистрата къ народу—въ такъ называемой провокаціи, которая впослѣдствіи допущена была даже на постановленія диктатора[5]). Другой гарантіей для той части общины, которая въ ней наиболѣе нуждается, служитъ трибунская интерцессія[6]). Въ трибунатѣ поражаетъ этотъ контрастъ

---

[1]) Liv. 22, 35; 27, 6; ср. 30, 19: «latum ad populum est, ne C. Servilio fraudi esset, quod patre qui sella curuli sedisset,vivo cum id ignoraret, tribunus plebis atque aedilis plebis fuisset contra quam sanctum legibus erat»—своего рода индемнитетъ. О правѣ диспенсаціи—Lange, Römische Altertümer, B. II, S. 713.

[2]) Rubino, Untersuchungen, B. II, S. 400.

[3]) Не забудемъ, что военная повинность лежала исключительно на гражданахъ, хотя бы и sine suffragio—Mommsen, B. III, S. 240, 448; Mispoulet, Les institutions politiques des Romains, v. II, p. 357. Объ отношеніи гражданъ къ закону по даннымъ поэтовъ—у Henriot, v. I, p. 48.

[4]) Dig. I, tit. 3, 32: «inveterata consuetudo non immerito custoditur, et hoc est ius, quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et actis. Quare rectissime illud receptum est, ut leges non solum suffargio legislatoris, sed etiam tanto consensu omnium per desuetudinem abrogentur». О ius cvile какъ обычномъ правѣ—у Ehrlich, Grundlegung der Soz. S. 353.

[5]) Cicero, De republica II, 31; Liv. II, 8. Со времени законовъ XII таблицъ эта провокація направлялась въ центуріатныя комиціи, которыя признавались какъ бы наиболѣе авторитетнымъ выраженіемъ народа. Cic., De leg. III, 4, 11:«de capite civis nisi per maximum comitatum ne ferunto».Ср. Girard, Histoire de l'organisation judiciaire des Romains, v. I, p. 105.

[6]) Lange, Rom. Alt. B. I, S. 686. Eigenbrodt, De magistratum romanorum iure intercedendi—значеніе его p.15; примѣры p.19 и 21,особенно раз-

между ограниченностью положительныхъ полномочій и необыкновенной широтой отрицательныхъ[1]). Можно сказать, трибунская интерцессія представляетъ изъ себя право veto, долженствующее охранять плебейскую общину. Право veto, которое не ограничивается даже протестомъ противъ незаконныхъ дѣйствій магистратовъ, какъ и сама трибунская власть не вмѣщается въ рамки закона: она есть не potestas legitima, a potestas sacrosancta. Здѣсь особенно бросается въ глаза эта сакральная сторона государственнаго строя, обезпечивающая правовой порядокъ, хотя Риму чуждо было всякое теократическое обособленіе властныхъ служителей алтаря. Наконецъ помимо провокаціи и интерцессіи власть магистрата вообще не можетъ простираться на свободу и—внѣ установленныхъ предѣловъ—на имущество гражданина[2]); то и другое можетъ быть отнято лишь судебнымъ приговоромъ. Это правило, по Цицерону, принадлежитъ къ традиціямъ римской государственности и въ то же время составляетъ необходимый признакъ всякой свободной общины[3]). При этомъ область юстиціи въ Римѣ имѣла весьма широкіе предѣлы и охватывала многое

боръ Ливія 45,21 объ интерцессіи трибуна противъ претора,который самовольно безъ обращенія къ сенату и освѣдомленія консуловъ предложилъ войну противъ родосцевъ: по Ливію неправильно было поведеніе и претора и трибуна.

[1]) Характерно въ этомъ отношеніи, что интерцессія трибуна могла быть парализована лишь единогласнымъ рѣшеніемъ его товарищей—по правилу: ex tribunis potentior est qui intercedit. Само собой разумѣется, это было обоюдоострое оружіе, какъ объясняетъ у Ливія II, 44 Аппій Клавдій: «victam tribuniciam potestatem... quando inventum sit suis ipsam viribus dissolvi... et plures si pluribus opus sit tribunos ad auxilium consulum paratos fore, et unum vel adversus omnes satis esse».

[2]) Lex Aternia Tarpeia, 454 г. давалъ всѣмъ магистратамъ ius multae dictionis, которое прежде было лишь у консуловъ, и въ то же время устанавливалъ предѣлы штрафа—multa suprema. Willems, Le droit public romain, p. 80. Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, B. I, S. 167.

[3]) Pro domo, 13. 31; «hoc nobis a maioribus traditum,hoc esse denique proprium liberae civitatis, ut nihil de capite civis aut de bonis sine iudicio senatus aut populi aut eorum, qui de quaque re constituti iudices sunt, detrahi possit». O предѣлахъ дисциплинарной власти магистрата Cic., De leg. III, 3, 6. Объ отступленіяхъ при perduellio, когда преступникъ своимъ дѣйствіемъ погашаетъ свой status гражданина, y Mommsen, Römisches Strafrecht, S. 43.

изъ того, что сейчасъ относится къ области администраціи; рядъ полицейскихъ правонарушеній составляетъ предметъ actio popularis.

Такимъ образомъ, въ организаціи римскаго государства мы видимъ всюду наглядную заботу ввести власть магистрата—вообще столь широкую и столь активную—въ правовые предѣлы и не приносить ей въ жертву личность отдѣльнаго гражданина. Но этотъ правовой характеръ строя явственно обнаруживается въ обыкновенное время; отъ него весьма сильно отличаются проявленія государственной власти въ экстраординарныхъ обстоятельствахъ—прежде всего связанныхъ съ войной[1]). Этимъ республиканскій Римъ существенно отличался отъ обычнаго греческаго полиса, гдѣ вовсе не замѣтно подобнаго контраста. Послѣдній проявляется въ чрезвычайномъ расширеніи полномочій магистрата на войнѣ (противоположность domi militiaeque), въ правѣ необходимой обороны (Notwehrrecht), которымъ въ извѣстныхъ обстоятельствахъ надѣлялись консулы и военные трибуны, пріобрѣтая власть надъ жизнью и смертью гражданъ, въ отсутствіи провокаціи при imperium militiae[2]), наконецъ въ диктатурѣ, противъ которой первоначально не допускается ни провокація ни трибунская интерцессія[3]). Диктаторъ—этотъ στρατηγὸς αὐτοκράτωρ, какъ его называютъ греческіе авторы,—можетъ поставить городъ на военное положеніе черезъ tumultus, т. е. призывъ всѣхъ гражданъ способныхъ носить оружіе на военную службу, и черезъ iustitium—пріостановку обычнаго гражданскаго оборота. Послѣ второй пунической войны эта диктатура постепенно исчезаетъ (окончательно—лишь по lex Antonia de dictatura tollenda 44 г.), но на смѣну ея являются тѣ исключительныя полномочія, коими сенатъ можетъ облекать магистратовъ, является senatusconsul-

---

[1]) Mommsen, R. St. B. I, S. 93.

[2]) Cic., De rep. I, 40, 63.

[3]) Исторія установленія при диктатурѣ провокаціи и интерцессіи представляется во многихъ отношеніяхъ неясной—ясна только основная тенденція постепенно смягчить диктатуру. Повидимому третій lex Valeria 300 г. опредѣленно установилъ, что провокація на рѣшенія диктатора въ предѣлахъ города допустима—Liv. 10, 9. Cp. Lange, Rom. Alt. B. I. S. 749; Mommsen, B. II, 1, S. 155.

tum «ne quid respublica detrimenti capiat»[1]).Такъ при существенныхъ измѣненіяхъ римскаго строя сохраняется противоположность ординарной и чрезвычайной власти, которая не вполнѣ совпадаетъ, но близка къ противоположности между властью гражданской и военной[2]). Рядомъ съ этимъ особое положеніе занимаютъ экстроординарныя должности «legibus scribendis», «rei publicae constituendae» и т. п., которыя по выраженію Моммсена имѣли своей задачей не сохранять государственный строй, а преобразовывать его[3])—нѣчто подобное айсимнетамъ, хотя обычно съ менѣе широкими задачами.

Всѣ эти черты остаются въ строѣ принципата[4]). И власть принцепса оффиціально восходитъ къ народному суверенитету, и она ограничена закономъ[5]). Первоначальный смыслъ фразы princeps legibus solutus, которая вошла въ обиходъ доктрины абсолютизма, какъ извѣстно, вовсе не былъ такъ широкъ: пріуроченная къ lex Julia и lex Pappia Pappaea[6]), она обозначала возможность для принцепса обходиться безъ диспенсаціи, не подчиняясь закону, который вообще допускалъ диспенсацію[7]). Точно также princeps теоретически не обладалъ безотвѣтственностью: его уголовная подсудность была одинакова съ подсудностью всѣхъ магистратовъ республики. Поскольку въ римскомъ правѣ вообще возможенъ былъ уголовный процессъ противъ

[1]) Willems, Le sénat de la république romaine, v. II, p. 248.

[2]) Широкія полномочія военной власти находили противовѣсъ въ той военной дисциплинѣ, которая одинаково простиралась на высшихъ и на низшихъ, а главное—въ народномъ характерѣ самой римской арміи.

[3]) Mommsen, B. II, 1, S. 632.

[4]) Ферреро указываетъ,что принципатъ Августа не выходилъ за предѣлы экстраординарной магистратуры, предлагаемой у Цицерона въ De republica на случай гражданскихъ смутъ; самъ Августъ былъ своего рода «presidente unico della republica»,—Grandezza e decadenza di Roma, v. III, p. 579.

[5]) Реальной основой является военная власть принцепса, начиная съ Августа. По выраженію новѣйшаго изслѣдователя, «in der Entwickelung des Heeres während der drei Jahrhunderte der Kaiserzeit tritt die alles überragende Bedeutung des Augustus in vollen Klarheit hervor».—Domaszewskj, Die Rangordnung des römischen Heeres въ Jahrbücher des Vereins von Altertumsfreunden in Rheinlande, H. 117, S. 192.

[6]) Dig. I, 3, 31.

[7]) Mommsen, B. II, 2, S. 728.

умершаго, отъ него не освобождается и princeps. Не отличалась принципіально и его неприкосновенность—единственнымъ юридическимъ основаніемъ послѣдней служитъ принадлежащая ему tribunicia potestas. Наконецъ къ принципату совсѣмъ не приложимо правило: le roi ne meurt pas—между смертью принцепса и вступленіемъ въ эту должность его преемника создается промежутокъ, и здѣсь не устанавливается никакого interregnum[1]).

Конечно, этой юридической формѣ далеко не соотвѣтствуетъ политическое содержаніе[2])—данное несоотвѣтствіе создаетъ особыя трудности при характеристикѣ принципата, въ которомъ совмѣщались и монархическія и республиканскія черты. Но во всякомъ случаѣ исторія принципата сама свидѣтельствуетъ о живучести формъ и основоположеній республиканскаго права, которыя лишь такъ постепенно уступаютъ мѣсто выдержанной монархической идеологіи.

На чемъ въ концѣ концовъ держались эти правовыя ограниченія власти въ Римѣ? На религіозной санкціи—leges sacratae[3]). Тотъ, кто нарушалъ эти грани, оказывался самъ подъ заклятіемъ. Границы юридическаго и метаюридическаго переходились незамѣтно уже потому, что сама религія проникнута была типичнымъ юридизмомъ. Можно сравнить это заклятіе со средневѣковымъ отлученіемъ, но въ Римѣ не было двойственности церкви и государства, и sacratio отдѣляло посвященнаго отъ всей общины, всего правопорядка. Установленіе же

---

[1]) Ibid. S. 1086—7.

[2]) Mommsen, Das R. S. B. II, 2, S. 725: «die formelle und officielle Auffassung des Principats als Regiments des Senats und Volkes ist allerdings ungefähr ebenso hohl wie wenn die vorhergegangene Epoche des Senatsregiments officiell als Selbstregierung der freien Bürgerschaft aufgefasst wird». Юридически принципатъ всего точнѣе можетъ быть опредѣленъ, какъ діархія—«eine zwischen dem Senat einer- und dem Princeps als dem Vertrauensmanne der Gemeinde anderseits ein für allemal geteilte Herrschaft».—Ср. Karlowa, B. I, S. 492. Срав. у Э. Д. Гримма, Очерки по исторіи развитія римской государственной власти, т. I, с. 43 и сл.—критика взглядовъ Моммена на принципатъ.

[3]) Опредѣленіе у Феста, p. 318: «sacratae leges sunt quibus sanctum est, qui quid adversus eas fecerit, sacer alicui deorum sit cum familia pecuniaque». Ср. у Макробія, Saturn. III, 3, 2: «sacrum est, ut Trebatius... refert, quidquid est quod deorum haberetur». Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, B. I, S. 99. Willems, Le droit public romain, p. 185.

этой высшей гарантіи находилось въ рукахъ народа—онъ одинъ могъ посвятить богамъ[1]). Высшей еще потому, что самый законъ, какъ это выражено въ обычной клаузулѣ не можетъ содержать противорѣчій съ сакральнымъ правомъ[2]). Религіозная санкція поддерживала извѣстный консерватизмъ права, который высоко цѣнился римлянами и безъ котораго въ ихъ глазахъ самое существованіе государства подвергается колебаніямъ и опасностямъ[3]).

Если бы мы хотѣли искать отраженія этихъ правовыхъ требованій, которыя предъявляла къ государству и формулировала римская мысль, уже прошедшая школу греческой образованности, мы могли бы обратиться къ Цицерону—въ особенности къ дошедшимъ до насъ отрывкамъ изъ De republica и къ трактату De legibus[4]). При всемъ ихъ поверхностномъ эклектизмѣ, а можетъ быть и благодаря ему, они достаточно типичны для общества, на глазахъ котораго подготовлялось крушеніе республиканскаго строя. Государство основано на справедли-

---

[1]) Cic., Pro Balbo, 33: primum enim sacrosanctum esse nihil potest nisi quod populus plebesve sanxisset. Ср. у Феста, р. 318: at homo sacer est quem populus iudicavit ob maleficium. Ср. Gai II, 4.

[2]) Формула Проба въ de notis antiquis, 3: si quid sacrosanctum (sacrisancti) est, quodque ius non (quod ius non) sit, rogarier (rogatum), eius hac lege nihil rogatur — Jurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt; ed. Huschke, р. 67. Еще явственнѣе эта сакральная санкція проявляется въ международномъ договорномъ правѣ,—напр. Livius, 6, 29: «adeste dii testes foederis et expetite poenas debitas simul vobis violatis nobisque per vestrum numen deceptis». Ср. у Гомера въ Иліадѣ, VII, 385 etc.

[3]) Cic., De rep. V, 1—приводитъ стихъ Эннія: Moribus antiquis res stat romana virisque.

[4]) Объ этихъ сочиненіяхъ Цицерона у Schanz, Geschichte der römischen Litteratur, T. I, H. 2, S. 342. О значеніи взглядовъ Цицерона на общество и родственности ихъ взглядамъ христіанскимъ—у Voigt. Das ius naturale, aequum et bonum et ius gentium, B. I, S. 239 etc. Здѣсь можно оставить безъ вниманія что реально-политическая дѣятельность Цицерона далеко не соотвѣтствовала его теоріямъ справедливости и естественного права и проникнута была олигархическими симпатіями. Объ этомъ въ живой, интересной работѣ Mazè Dari, Cicerone e le sue idee sociale e economiche, р. 157 etc.; она можетъ служить поправкой къ уничтожающей оцѣнкѣ Цицерона у Моммсена, который здѣсь такъ же субъективенъ, какъ и въ возвеличеніи Цезаря.

вости и правѣ[1]), которыя являются результатами не простого соглашенія, а органическаго роста[2]); если этого основанія нѣтъ, то получается не только извращенное государство, но самое государство, respublica, уже отсутствуетъ: развѣ можно о немъ говорить, когда всѣ подавлены властью одного, у законовъ нѣтъ связующей силы, нѣтъ согласія и единства среди гражданъ? Осуждая демократію, Цицеронъ видитъ глубокій изъянъ и въ монархіи, и въ аристократіи, даже столь мудрыхъ, каковыми была монархія Кира и аристократія Массиліи: въ нихъ все таки есть видимость рабства, и большинство не можетъ пользоваться свободой[3]). Поэтому не только въ интересахъ устойчивости и цѣлесообразности, но и съ точки зрѣнія права предпочтительны смѣшанныя формы правленія[4]), которыя приближаются къ традиціонной римской конституціи. Послѣдняя отвѣчала высокому опредѣленію государства, которое вложено Цицерономъ въ уста Сципіона[5]). Многое здѣсь, конечно, звучитъ простымъ отголоскомъ ходячихъ философскихъ доктринъ, но эти доктрины оказались болѣе прочными, чѣмъ историческій матеріалъ республиканской государственности, которая въ ихъ свѣтѣ получаетъ запоздалое признаніе.

Когда мы переходимъ къ римской имперіи, то чѣмъ болѣе удаляемся мы отъ «діархіи» Августа, тѣмъ болѣе кажется труднымъ найти здѣсь правовыя ограниченія власти[6]). Правда, принципъ народнаго мандата подтверждается такими актами, какъ lex regia de imperio [7])—и еще Маркъ Аврелій въ точности

---

[1]) De republica, l. I, c. 25: respublica—res populi; populus—coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus.

[2]) De legibus I, 15: ita fit, ut nulla sit omnino iustitia, si neque natura est, eaque quae propter utilitatem constituitur, utilitate illa convellitur.

[3]) De republica. l. I, c. 27: inest tamen in ea conditione similitudo quaedam servitutis.

[4]) De republica, l. I, 45.

[5]) Изображенное во II книгѣ De republica римское устройство не допускаетъ тиранніи; никто другой, какъ Брутъ «primus in hac civitate docuit in conservanda civium libertate esse privatum neminem»—II, 25; ср. с. 39.

[6]) Hirschfeld, Untersuchungen auf dem Gebiete der römischen Verwaltungsgeschichte, S. 282 u. s. w. и ос. S. 297.

[7]) O lex regia въ Appendice y Mispoulet, Les institutions politiques des Romains, v. I, p. 567.

выполняетъ республиканскій этикетъ; но рядомъ съ этимъ императорская власть получаетъ другое освященіе—особое, религіозное; lex regia de imperio отступаетъ въ своемъ значеніи передъ numen imperatoris, а принципъ отвѣтственности уступаетъ мѣсто апоѳеозу. Главное же, имперія неудержимо идетъ черезъ періодъ преторіанскаго господства со всѣмъ его произволомъ и анархіей къ діоклетіано-константиновскимъ реформамъ. Въ монархіи послѣднихъ какъ-будто совершенно оборваны традиціи, еще столь сильныя въ принципатѣ. Вся власть идетъ сверху—и эта власть юридически неограничена: не можетъ даже подлежать сомнѣнію, что императорскія конституціи равносильны закону[1]). У отдѣльнаго подданнаго нѣтъ публичныхъ правъ, но есть тяжелыя публичныя обязанности, которыя съ такимъ зоркимъ вниманіемъ регулируетъ Codex Theodosianus и которыя съ такимъ выразительнымъ возмущеніемъ изображаетъ въ De gubernatione Dei Сальвіанъ. Римскій гражданинъ приписанъ къ сословію и долженъ нести наслѣдственное тягло; если онъ желаетъ отъ него освободиться,онъ бываетъ готовъ чуть ли не бѣжать къ варварамъ. Интересы этого служебно-тяглаго порядка поставлены даже выше, чѣмъ привилегіи церкви, на которыя вообще столь щедры преемники Константина. Такъ создается государственный строй, повидимому какъ нельзя болѣе удаленный отъ цицероновскаго опредѣленія подлиннаго государства.

Это одна сторона картины; есть и другія[2]). Не забудемъ,

---

[1]) Gai, I, 3: constitutio principis est quod imperator decreto vel edicto vel epistola constituit. Nec unquam dubitandum est, quin id legis vicem obtineat.

[2]) Мы говоримъ здѣсь только объ объективно-правовыхъ элементахъ римской имперіи, а не объ оцѣнкѣ ея современниками, для которыхъ умаленіе политической свободы, оффиціально выраженной въ республиканской конституціи, могло вознаграждаться другими преимуществами. Извѣстно, какую оптимистическую оцѣнку имперіи далъ съ этой стороны Фюстель де Куланжъ въ Histoire des institutions politique de l'ancienne France, v. I, p. 92: «il faut donc accepter comme une vérité historique, que les hommes de ce temps là ont aimé la monarchie». Съ точки зрѣнія провинціаловъ утвержденіе имперіи могло казаться несомнѣннымъ благомъ — не долженъ ли былъ признаться самъ Тацитъ: neque provinciae illum rerum statum abnuebant? Экономическія основы соединенія Рима и провинцій у

что римская имперія осуществила принципъ равноправія въ предѣлахъ, невѣдомыхъ древнему міру[1]). Идеи стоической философіи и оплодотворенной ею римской юриспруденціи воплощаются въ положительномъ законѣ—достаточно вспомнить эдиктъ 212 г. о равноправіи, который при этомъ данъ однимъ изъ худшихъ представителей императорской власти—Каракаллой. Пусть мотивы этой мѣры были фискальные,—она выполняла одно изъ важнѣйшихъ условій правового ограниченія государственной власти: господства закона, послѣдовательнымъ выраженіемъ котораго является равенство передъ закономъ. А затѣмъ возможно ли игнорировать здѣсь всю грандіозную работу классическихъ юристовъ? Правда, созданное право относится не столько ad statum rei romanae, сколько ad singulorum utilitatem — это частное право [2]). Но въ предѣлахъ этой «singulorum utilitas» открывается широкій просторъ—свобода самоопредѣленія въ правовомъ оборотѣ и равенство въ легальной возможности такого самоопредѣленія. Частно-правовой индивидуализмъ вообще уживается съ политическимъ деспотизмомъ: Code civil возникаетъ въ эпоху, для которой характерно не только отсутствіе политической свободы въ государственномъ устройствѣ Франціи, но и какой-то упадокъ интереса къ этой свободѣ, сказавшійся такъ наглядно уже во время 18 брюмера. Но такая частно-правовая свобода не только заставляетъ мириться со многими сторонами въ дѣятельности государства; она сообщаетъ этой послѣдней въ цѣломъ извѣстный правовый отпечатокъ. «Со всѣми моими многочисленными арміями», говорилъ Наполеонъ, «я не могъ бы овладѣть полемъ отдѣльнаго гражданина; нарушить право собственности

И. Гревса, Очерки изъ исторіи римскаго землевладѣнія, с. 520; цѣнность основанной на источникахъ характеристики едва ли существенно умаляется тѣмъ обстоятельствомъ, что авторъ примыкаетъ къ ойкосной теоріи Бюхера, которая въ настоящее время можетъ считаться безусловно опрокинутой. Ср. Ferrero, Grandezza e decadenza di Roma, v. V, p. 386.

[1]) Интересно сопоставить законодательство римской имперіи съ отношеніемъ аѳинской демократіи въ періодъ ея высшаго расцвѣта къ метекамъ.

[2]) Интересныя замѣчанія относительно раздѣленія ius privatum и ius publicum и относительно опредѣленія ихъ Ульпіаномъ у Ehrlich, Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen.

у одного значитъ нарушить его у всѣхъ»[1]). И чѣмъ больше въ этомъ правѣ единства и цѣльности, тѣмъ болѣе прочную границу полагаетъ оно произвольному вмѣшательству власти.

Римскіе юристы этимъ не ограничились. Въ эпоху растущаго абсолютизма они выставляютъ положенія относительно связи права и государства, обоснованія государственной власти, въ которыхъ отнюдь не отразилось исключительное принятіе совершившагося факта[2]). Они продолжаютъ говорить о народѣ, какъ источникѣ всякой власти, и о законѣ, какъ актѣ, требующемъ признанія со стороны народа. Такой смыслъ имѣетъ и отождествленіе у Юліана силы обычая и силы закона[3]). Всемірную извѣстность получила фраза Ульпіана: quod principi placuit legis habet vigorem[4])—но она у него сопровождается словами: «utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat». Слѣдовательно, законодательная власть императора есть только делегація власти народа—расширенный его мандатъ, какъ подобная делегація, по объясненію Помпонія[5]), давала раньше рѣшеніямъ сената одинаковую съ закономъ силу. Въ III вѣкѣ Марціанъ сочувственно цитируетъ опредѣленіе закона у Демосѳена: πόλεως συνθήκη κοινὴ καθ' ἣν ἅπασι προσήκει ζῆν τοῖς ἐν τῷ πόλει[6]). И эта теорія воспроизводится въ дни Юстиніана, воспроизводится какъ оффиціально признанная истина: въ рескриптѣ, предпосланномъ дигестамъ, императоръ вспоминаетъ о древнемъ lex regia, посредствомъ котораго и перенесены были всѣ правомочія народа на императора[7]). Пусть этотъ переносъ явился окончательнымъ

---

[1]) Taine, Le régime moderne, v. I, p. 171.

[2]) Carlyle, A history of mediaeval political theory in the West, v. I, p. 42.

[3]) Dig. I, tit. 3, 32.

[4]) Dig. I, tit. 4, 1.

[5]) Dig. I, tit. 3, 2: deinde quia difficile plebs convenire coepit, populus certe multo difficilius in tanta turba hominum necessitas ipsa curam Reipublicae ad Senatum deduxit.

[6]) Dig. I, tit. 3, 2.

[7]) Cod. I, 17, 1, 7: cum enim lege antiqua quae regia nuncupabatur, omne ius omnisque potestas populi Romani in imperatoriam translata sunt potestatem... Рядомъ съ этимъ у Юстиніана, конечно, мы находимъ ссылки и на другое начало, сообщающее правомѣрность его власти—на

и непоправимымъ—все таки сказывается потребность въ правовомъ обоснованіи черезъ него императорской власти: источникъ закона, она сама въ концѣ концовъ вытекаетъ изъ закона. Болѣе отчетливую и категорическую форму эта мысль пріобрѣтаетъ въ рескриптѣ 429 г. Ѳеодосія и Валентина; авторитетъ императора зависитъ отъ авторитета права, и потому императоръ долженъ признать себя связаннымъ закономъ—это не противорѣчитъ, а соотвѣтствуетъ достоинству самого властителя[1]).

Надо сознаться, однако, что эти идеи сталкивались не только съ общимъ ходомъ римской государственности, неудержимо направлявшейся по пути бюрократизаціи, но и съ самымъ характеромъ духовной атмосферы, въ которой жило общество имперіи. Государственная власть даже въ лицѣ такихъ императоровъ, какъ Траянъ, не довѣряла общественной самодѣятельности (какъ характерна въ этомъ смыслѣ его переписка съ Пдиніемъ), но съ другой стороны эта власть не встрѣчала сильнаго стремленія отстоять самодѣятельность. Идея римской имперіи выразилась въ словахъ—pax romana. Они сулятъ великое благо, спокойствіе и порядокъ, которые обезпечиваются отдѣльному гражданину, отдѣльной общинѣ, отдѣльной провинціи, но обезпечиваются помимо ихъ участія. Требуютъ ли послѣдняго философскія и этическія доктрины? Стоицизмъ оказалъ глубокое и благодѣтельное вліяніе на законодательство имперіи, онъ проповѣдовалъ универсализмъ общечеловѣческихъ началъ,—но онъ могъ это дѣлать потому, что приспособился къ единовластію. Даже Сенека, готовый признать высокія моральныя качества Брута, указываетъ, какъ противорѣчило убійство Цезаря и предписаніямъ философіи и правиламъ простой человѣческой мудрости. Брутъ испугался имени царя и забылъ, что справедливая монархія есть лучшая форма правленія; онъ не замѣтилъ, что римскій народъ раздѣляло разногласіе не о томъ, нужно ли передать власть одному человѣку—а о томъ, кому именно эта

божественную волю, которая ставитъ его выше законовъ—Nov. 105, 4: πάντων δὲ δὴ τῶν εἰρημένων ἡμῖν ἡ βασιλέως ἐξῃρήσθω τύχη· ᾗ γε καὶ αὐτοὺς ὁ θεὸς νόμους ὑποτέθεικε, νόμον αὐτὴν ἔμψυχον καταπέμψας ἀνθρώποις.

[1]) Cod. Theod. I, 14, 4: digna vox maiestate regnantis legibus alligatum se principem profiteri; adeo de auctoritate iuris nostra pendet auctoritas. Et re vere maius imperio est submittere legibus principatum.

власть должна достаться[1]). У Марка Аврелія, «Размышленія» котораго такъ отражаютъ его личный духовный опытъ, мы чувствуемъ глубокую, неотразимо дѣйствующую на протяженіи вѣковъ искренность и чувство отвѣтственности, столь далекое отъ всякихъ деспотическихъ соблазновъ и замашекъ[2]). Но и у него мы слышимъ больше объ обязанностяхъ, чѣмъ о правахъ. Эти обязанности могутъ въ сущности выполняться при всякомъ государственномъ строѣ: разъ нѣтъ мѣста для политической дѣятельности, человѣкъ можетъ принести не меньшую пользу государству въ качествѣ философа или учителя нравственности. Сократъ способенъ былъ служить Аѳинамъ, даже когда надъ ними властвовали тридцать тиранновъ [3]). Истинная граница государственной власти—внутренняя, неотчуждаемая свобода; предвосхищая гегелевскій афоризмъ, что не цѣпи создаютъ раба, а рабское сознаніе, Сенека напоминаетъ: тѣло можетъ быть порабощено, духъ всегда остается sui iuris[4]). А противъ тѣлеснаго порабощенія всегда остается послѣднее средство—смерть; не даромъ Сенека является такимъ краснорѣчивымъ апологетомъ самоубійства.

Здѣсь было не только приспособленіе къ строю имперіи. Самый универсализмъ стоиковъ практически велъ къ аполитизму по крайней мѣрѣ въ предѣлахъ маленькаго, историческаго полиса, въ которомъ протекаетъ внѣшняя жизнь человѣка: они учили о двухъ градахъ, противопоставляли государству, съ которымъ люди связаны случайностью рожденія, государство—космосъ[5]). Постиженіе законовъ этого высшаго, общаго града цѣннѣе, чѣмъ созданіе законовъ для отдѣльнаго народа или города. Въ концѣ концовъ правовое устройство если не *ἀδιάφορα*, то второстепенное дѣло въ глазахъ того, кто ведетъ мудрую и добродѣтельную жизнь. Насильникъ же вредитъ

---

[1]) De beneficiis, II, 20.

[2]) Πρὸς ἑαυτόν., IV, 5; V, 22; VI, 54. Это чувство обязанности и отвѣтственности предохраняетъ отъ всякаго личнаго деспотизма: «ὅρα μὴ ἀποκαισαρωθῇς»—говоритъ самому себѣ императоръ—VI, 30.

[3]) Seneca, De tranquillitate, c. 3.

[4]) De benef. III, 20: corpora obnoxia sunt et adscripta dominis; mens quidem sui iuris est.

[5]) Напримѣръ у М. Аврелія Πρὸς ἑαυτόν, IV, 23.

всего болѣе самому себѣ. И если Сенека взываетъ къ правителю, въ рукахъ котораго жизнь и смерть, вся судьба его подданныхъ, то онъ напоминаетъ ему не о правовыхъ обязанностяхъ; онъ обращается къ великодушію и милосердію, тѣмъ болѣе морально высокимъ, чѣмъ свободнѣе властитель отъ всякаго внѣшняго принужденія[1]).

Въ еще гораздо большей степени это относится къ философіи религіознаго синкретизма, которая становится наиболѣе пріемлемой пищей для образованныхъ классовъ имперіи, когда самый стоицизмъ оказался для нихъ слишкомъ раціоналистическимъ. Человѣкъ, способный переживать экстазы Плотина, едва ли склоненъ жаловаться на произволъ государственной власти[2]). Насколько такая «философія конца» мало способна была приготовлять къ государственной дѣйтельности, лучше всего показываетъ попытка императора Юліана[3]). И если неоплатоники оказывались въ оппозиціи, если власть закрывала ихъ школы, это объясняется уже не политическими и правовыми мотивами, а новымъ союзомъ имперіи и христіанства[4]).

Въ какой степени это послѣднее приносило правовыя требованія, обращенныя къ государству? Первоначально, когда христіанская община жила въ предвидѣніи близкаго конца міра и второго пришествія, государство вообще не останавливало на себѣ ея вниманія. Павелъ училъ повиноваться предержащимъ властямъ, такъ какъ онѣ составляютъ часть установлен-

---

[1]) De clementia, c. 1 etc.—oc. c. 5.

[2]) Этимъ, конечно, нисколько не умаляется геніальность Плотина, которая особенно чувствуется въ современную эпоху философской мысли. Въ его озареніяхъ открываются тѣ вѣчныя основы человѣческаго духа, съ которыми черезъ рядъ посредствующихъ звеньевъ связана вся культура, охватывающая и культуру правовую. Мы говоримъ лишь объ историческомъ воздѣйствіи неоплатонизма на римскую общественность.

[3]) Намъ кажется до сихъ поръ вѣрнымъ образъ, данный въ этюдѣ Д. Штрауса: Der Romantiker auf dem Throne der Caesaren. Его подтверждаетъ такой тонкій психологъ и знатокъ эпохи, какъ Буасье въ La fin du paganisme. Безсиліе Юліана выступаетъ тѣмъ ярче, что Штраусъ все таки высказываетъ свое предпочтеніе ему передъ романтиками клерикальнаго христіанства.

[4]) Schultze, Geschichte des Untergangs des griechisch-römischen Heidentums. B. I, S. 437 etc.

наго Богомъ міропорядка; но власть, какъ и государство, представляла изъ себя чисто внѣшнюю обстановку въ жизни христіанина [1]). Между тѣмъ рядомъ съ общественнымъ строемъ, гдѣ приняты были сословныя, классовыя и національныя различія, открывался иной порядокъ общенія людей во Христѣ, гдѣ не было уже ни эллина, ни іудея. Посланія Павла свидѣтельствуютъ, что существовало стремленіе эту внутреннюю христіанскую свободу превратить въ свободу отъ соціальной дисциплины—стремленіе, которое столько разъ сказывалось въ исторіи христіанства, особенно въ эпохи перелома церковно-общественныхъ формъ и остраго кризиса религіознаго сознанія; стремленіе, которое рѣшительно отвергалось Павломъ [2]).

Но христіанство встрѣтилось съ кровавыми преслѣдованіями со стороны государства. Пусть извѣстія объ этихъ преслѣдованіяхъ часто доходили до насъ въ передачѣ наивныхъ легендъ или тенденціозныхъ изобличеній; пусть не было послѣдовательной политики религіозной нетерпимости въ римской имперіи—споръ можетъ идти только о количествѣ жертвъ и о политическомъ и правовомъ значеніи того требованія, которое несомнѣнно было обращено къ христіанамъ—признать императорскій культъ. Въ атмосферѣ, гдѣ такъ живы были эсхатологическія представленія и гдѣ оставались въ памяти образы еврейской апокалиптики, выростаетъ страстная враждебность противъ этого жестокаго, богохульнаго государства: оно есть царство антихриста, грядущее или уже наступившее, и не можетъ быть у него мира съ царствомъ Христа [3]). Монтанисты выразили это отрицаніе не столько въ образахъ религіознаго пониманія человѣческой исторіи сколько въ заповѣдяхъ мо-

---

[1]) Treoltsch, Die Soziallehren der christlichen Kirchen und Gruppen, S. 152—очень замѣчательный анализъ этого «Gleichsetzung des Staats und der Gesellschaft mit der Welt».

[2]) Посл. Галат. 3, 2; Өессал. 3, 6—12; Колосс. 3, 18—24; 1 Тим. 2, 1—3.

[3]) Bousset, Die Offenbarung Johannes, S. 385. Объ общемъ эсхатологическомъ фонѣ этихъ воззрѣній у Friedländer, Die religiösen Bewegungen innerhalb des Judentums im Zeitalter Jesu, S. 294; Weizsäcker, Das apostolische Zeitalter, S. 523; Bousset, Die Religion des Judentums im neutestamentischen Zeitalter, S. 48.

ральнаго пуризма—для Тертулліана «nec ulla nobis magis res aliena, quam publica».

Христіанство не могло остаться при подобномъ отрицаніи; одинъ его численный ростъ безконечно умножалъ его связи съ имперіей. Литература христіанскихъ апологетовъ очень разнообразна въ смыслѣ настроенія и оцѣнки окружающаго государства и культуры вообще; здѣсь мы имѣемъ такіе контрасты, какъ Тертуліанъ и Мелитонъ, Минуцій Феликсъ и Татіанъ—но она объединена одной практической цѣлью: получить отъ этого языческаго государства религіозную свободу. Послѣдняя защищается не только философскими аргументами и соображеніями политической цѣлесообразности; она логически вытекаетъ изъ правовыхъ принциповъ, признанныхъ самимъ государствомъ—именно эти принципы не допускаютъ отказа христіанамъ въ общей свободѣ и осужденія ихъ безъ наличности какого-либо дѣйствительнаго преступленія. Апологеты христіанства принуждены апеллировать къ тому, что переводя на современный языкъ нельзя назвать иначе, чѣмъ требованіе правового государства. Помимо всѣхъ внѣшнихъ условій, дѣлающихъ это примиреніе съ государствомъ, отъ котораго просили лишь терпимости, необходимымъ, въ благопріятномъ для него направленіи мѣняется и внутренній строй церкви[1]): съ утвержденіемъ въ ней авторитетной власти епископовъ, которымъ однимъ предоставляется учить и руководить общиной, съ особымъ признаніемъ началъ іерархіи и дисциплины, которое мы най-

[1]) Въ своемъ Kirchenrecht Зомъ чрезвычайно ярко изображаетъ контрастъ ранняго харисматическаго христіанства, которому чуждъ какой либо правовой моментъ (S. 66), съ позднѣйшимъ христіанствомъ католическимъ—при чемъ основнымъ его положеніемъ является несовмѣстимость церковнаго права и сущности церкви (S. 1: «Das Kirchenrecht steht mit dem Wesen der Kirche im Widerspruch»). Ср. Hatch, The organisation of the early Christian Churches, p. 112 etc. Харисматическій укладъ вообще не содѣйствовалъ развитію правовыхъ потребностей и въ то же время давалъ возможность церкви въ наименьшей мѣрѣ соприкасаться съ государствомъ. Объ этихъ соприкосновеніяхъ много цѣннаго у Neumann, Der römische Staat und die allgemeine Kirche bis auf Diocletian (какъ съ точки зрѣнія римскаго законодательства, такъ и настроенія въ церкви—напримѣръ, превосходный анализъ взглядовъ Климента Александрійскаго на государство и законъ и отличій его отъ тертулліановской концепціи—S. 168).

демъ у Игнатія, Иринея, Кипріана. Можно, конечно, сказать, что церковное властвованіе и подчиненіе только внѣшнимъ образомъ похоже на государственное, но психологически, несомнѣнно, эти навыки и привычки, создавшіеся въ связи съ ростомъ церковной организаціи, не остались безъ большого вліянія на отношеніе христіанъ къ власти и государству. [1])

Миланскій эдиктъ далъ именно эту свободу, о которой просили апологеты—далъ ее, какъ выраженіе признаннаго права римскихъ гражданъ. Но скоро наступаетъ другой періодъ, когда явственно закладываются основы государственной церкви, когда привилегіи для этой церкви сопровождаются правоограниченіями для инославныхъ и иновѣрныхъ. Новая политика, которая запечатлѣлась въ XVI книгѣ Codex Theodosianus, построена на принципіальномъ отрицаніи свободы религіознаго выбора[2]). Здѣсь уже лежатъ зародыши средневѣковой нетерпимости, теоретики которой едва ли могли что-нибудь прибавить къ доводамъ Фирмикуса Матерна[3]). Съ другой стороны, отнынѣ границы государственной власти будутъ опредѣляться въ соотвѣтствіи съ авторитетомъ христіанской церкви. Чаще, чѣмъ напоминаніе о lex regia de imperio,—всемогущій императоръ встрѣчаетъ на своемъ пути властное увѣщаніе епископа. Дѣйственная сила его какъ бы символически запечатлѣлась въ знаменитой встрѣчѣ Ѳеодосія и Амвросія Медіоланскаго, когда послѣдній послѣ ѳессалоникійскихъ избіеній не допустилъ императора къ причастію. Епископъ послѣконстантиновской эпохи часто является какъ defensor urbis; съ одной стороны онъ членъ церковно-государственной органи-

---

[1]) Harnack, Mission und Ausbreitung des Christentums, s. 367.

[2]) Выраженія, которыя употребляетъ въ законѣ 341 г. Констанцій: «cessat superstitio, sacrificiorum aboleatur insania» (C. Theod. XVI tit. 10, 9) вполнѣ соотвѣтствуютъ взгляду, отъ котораго исходили императоры IV вѣка, преемники Константина,—при чемъ одинаково считалось недопустимымъ предпочтеніе передъ православной вѣрой ереси, какъ и язычества. Въ законѣ 382 о еретикахъ (XVI, tit, 5, 9) мы встрѣчаемъ уже и слово inquisitio. Ср. у Августина epist. 105 и 138—оправданіе государственнаго принужденія въ дѣлахъ вѣры (Migne Patrologia, v. 33).

[3]) De errore profanarum religionum—oc. c. 30 «vobis sacratissimi Imperatoris ad vindicandum et puniendum hoc malum imperatur et hoc vobis Dei summa lege praecipitur» etc.

заціи, съ другой онъ остается прибѣжищемъ жителей противъ чиновничьяго произвола[1]). И это положеніе, которое мы такъ часто встрѣчаемъ въ отдѣльномъ городѣ, соотвѣтствовало положенію вообще церкви въ имперіи.

Здѣсь закладываются основы средневѣковаго дуализма, который такъ отличаетъ христіанскій Западъ отъ Востока; въ De civitate Dei Августина—этомъ, по выраженію одного изслѣдователя, надгробномъ словѣ древнему міру—раскрывается самый смыслъ дуализма. На государствѣ лежитъ печать Каина, и своими естественными средствами оно не въ состояніи ее стереть[2]). Если принять опредѣленіе государства, которое дается Сципіономъ въ цицероновскомъ трактатѣ De republica, какъ «coetus iuris consensu et utilitatis communione sociatus»— то подобное проникновеніе государства правовымъ началомъ и общей пользой возможно лишь при его подчиненіи христіанскому авторитету[3]). А между тѣмъ, тамъ гдѣ нѣтъ справедливости, тамъ государство превращется въ разбойничій станъ, къ которому близко подходилъ и историческій Римъ, отнюдь не оправдывавшій высокаго опредѣленія Сципіона[4]). Но хри-

---

[1]) Отсюда значеніе выборовъ епископа—Duchesne, Histoire ancienne de l'eglise, v. III. p. 24.

[2]) De civitate Dei XV, c. 1.

[3]) Ib., II, 21: vera autem iustitia non est nisi in ea republica, cuius conditor rectorque Christus est.—Въ отношеніи Августина къ государству есть несомнѣнно нѣкоторыя двойственность. При всемъ его отверженіи Августинъ въ противоположность донатистамъ, которые говорили: «quid est imperatori cum ecclesia», неоднократно указывалъ на относительную цѣнность и относительное оправданіе государства. См. De civ. Dei, XV, 4: non autem recte dicuntur ea bona non esse quae concupiscit haec civitas quando est et ipsa in suo genere humano melior. Haec bona sunt et sine dubio Dei dona sunt. Ср. XIX, 17, объ отношеніяхъ двухъ градовъ: ut quoniam communis est ipsa mortalitas, servetur in rebus ad eam pertinentibus inter civitatem utramque concordia. Здѣсь вполнѣ намѣчается двойственность аскетизма и теократіи. Измѣненіе взглядовъ самого Августина на протяженіи De c.D. указано у В.И. Герье Блаженный Августинъ, с. 672. Ср. Reuter, Augustinische Studien, S.150—152. Августинъ, столь настойчиво боровшійся съ дуализмомъ манихеевъ, самъ не могъ бы усмотрѣть въ государствѣ, просто какъ части космоса, абсолютное зло. О противорѣчіяхъ въ философско-исторической концепціи государства Августина у Seyrich, Die Geschichtsphilosophie Augustins, S. 62.

[4]) De c. Dei XIX, 21; ходъ мыслей у Августина здѣсь: res publica—

стіанскій авторитетъ для Августина неразрывно связанъ съ авторитетомъ церкви, и его правовое государство есть то, которое предоставляетъ себя на служеніе ей[1]). Идеи Августина могутъ приводить къ религіозной нетерпимости, отъ которой онъ и не отказывался, но онѣ исключаютъ государственное всемогущество. Государство, какъ и вся судьба человѣчества, предначерчено въ неисповѣдимыхъ замыслахъ Бога. Здѣсь, на землѣ, оно должно получить свое эмпирическое оправданье: правовымъ оно становится лишь стремясь стать праведнымъ.

Средневѣковое государство обычно характеризуется, какъ государство феодальное. Понятіе феодализма очень многосмысленно, и это особенно сказывается въ трудности установить его хронологическіе и географическіе предѣлы[2]). Поскольку

---

res populi; populus non est qui consensu non est sociatus iuris; non est ius ubi nulla iustitia procul dubio colligitur; ubi iustitia non est, non esse rempublicam.

[1]) Весьма трудно опредѣлить идею церкви у Августина, не впадая въ извѣстную односторонность. Глубочайшая религіозная индивидуальность, несравненнымъ памятникомъ которой остаются Confessiones, сочетается у Августина съ признаніемъ: «по истинѣ я не повѣрилъ бы Евангелію, если бы меня не побуждалъ къ тому авторитетъ вселенской церкви» (ego vero Evangelio non crederem, nisi me catholicae ecclesiae commoveret auctoritas—въ Contra epistolam Manichaei quam vocant Fundamenti—у Migne, Patrologia, v. 42, p. 176. cap. 5, § 6). Это объясняется прежде всего широтой его религіозно-философскаго міровоззрѣнія, которое даетъ возможность и католицизму и протестантизму находить въ немъ опору. Протестантскіе писатели вообще склонны недооцѣнивать начала церковной іерархіи и авторитета, которыя мы находимъ у Августина—такой односторонности нечужды и превосходныя вообще Augustinische Studien Рейтера (Reuter).—Объ протестантской односторонности въ пониманіи Августина см. кн. Е. Н. Трубецкой, Религіозно-общественный идеалъ западнаго христіанства въ V вѣкѣ, ч. I, с. 52, 196. Во всякомъ случаѣ для Августина отрицательныя границы и положительное содержаніе государственной власти должны опредѣляться не субъективными религіозными переживаніями, а объективными нормами церковнаго закона.

[2]) Поэтому мы совершенно оставляемъ въ сторонѣ, напримѣръ, вопросъ о феодализмѣ въ древней Руси, поставленный на очередь трудами столь преждевременно погибшаго для русской науки Павлова-Сильванскаго и другихъ изслѣдователей. Сопоставленія съ западнымъ міромъ здѣсь въ высшей степени важны и плодотворны, когда, разумѣется, при этихъ сопоставленіяхъ не утрачивается чувство научной мѣры и такта. Но

однако мы беремъ его не съ соціальной, а съ юридической стороны, намъ прежде всего бросается въ глаза здѣсь полное смѣшеніе публичнаго и частнаго права. Изъ этого вытекаетъ и та давно отмѣченная въ наукѣ особенность, что при феодализмѣ политическія отношенія имѣютъ территоріальную окраску, а территоріальныя—политическую[1]). Говоря о смѣшеніи публичнаго и частнаго права, мы точнѣе опредѣляемъ сущность феодализма, чѣмъ если мы усматриваемъ въ немъ господство частнаго права, въ которомъ безъ остатка растворяется публичное. Можно себѣ представить патримональное государство безъ всякаго феодализма или съ очень слабымъ его развитіемъ—вспомнимъ хотя бы нашихъ князей—вотчинниковъ Суздальской земли, вспомнимъ раннихъ князей московскихъ, которые въ своихъ духовныхъ дѣлили между своими сыновьями московскую землю, какъ всякое другое имущество. Патримоніальный отпечатокъ можно найти даже въ монархіи просвѣщеннаго абсолютизма [2]). При законченномъ феодальномъ строѣ, напро-

---

если на Руси были явленія феодальнаго порядка, то не было феодальнаго государства даже въ томъ смыслѣ, въ какомъ можно говорить о феодализаціи государства литовско-русскаго (о ней см.у М.К. Любавскаго,Очерки исторіи литовско-русскаго государства до люблинской уніи, с. 132). Это наиболѣе слабая сторона въ аргументахъ Павлова-Сильванскаго—см. его главу о «раздробленіи верховной власти»—Феодальныя учрежденія,Сочиненія,т. III, с. 404, а также замѣчанія о «воинственности и независимости бояръ»—Феодализмъ въ древней Руси, с. 117. Не было въ Московской Руси и какой-нибудь феодальной политической идеологіи; отсутствіе ея особенно чувствуется въ смутное время, когда для ея проявленія создались такія благопріятныя условія, въ эпоху подкрестной записи Шуйскаго, договора 1610 г. съ Сигизмундомъ, земскаго приговора 1611 г.—По сходнымъ причинамъ можно не касаться весьма интереснаго вообще вопроса о византійскомъ феодализмѣ.

[1]) На это особенно обращалъ вниманіе Мэнъ—Ancient law and custom, p. 106; Early institutions, p. 77. Конечно, нельзя сводить весь феодализмъ къ своеобразнымъ формамъ земельной собственности. Противъ этой односторонности особенно возражалъ Flach, Les origines de l'ancienne France, v. II, p. 427 (основа феодализма «le lien personnel»; cp.v. I, p. 335 etc.: нельзя видѣть въ сеньеріальномъ режимѣ «fusion de la propriété et de la souveraineté»; эти двѣ стороны явственно различались). Cp. у Below, Der deutsche Staat des Mittelalters, B. I, S. 279.

[2]) О различіи феодальнаго и патримоніальнаго государства см. въ новой интересной уже по имени автора работѣ Below, Der deutsche Staat des Mittelalters, B. I, S. 317.

тивъ, государь-помѣщикъ окруженъ толпой помѣщиковъ-государей, которые совсѣмъ отдѣляютъ его отъ массы населенія. По французской пословицѣ chaque seigneur est un souverain dans sa seigneurie: этотъ полноправный сеньеръ творитъ судъ и расправу, взимаетъ налоги и оброки, вѣдаетъ административныя и полицейскія дѣла, даже чеканитъ монету, даже ведетъ войну съ другими сеньерами[1]). Если мы возьмемъ идеальную схему феодальнаго государства, то, употребляя языкъ современнаго государственнаго права, мы получимъ даже не столько союзное государство, сколько союзъ государствъ-сеньерій, чрезвычайно слабо сплоченныхъ[2]). Власть въ феодальномъ государствѣ находится въ состояніи полнаго разсѣянія[3]). У нея

---

[1]) Luchaire, Histoire des institutions monarchiques de la France sous les premiers Capétiens v. I p. 50, возражая противъ преувеличеннаго представленія о феодализаціи государства въ ту эпоху прибавляетъ: «cependant dans le période, qui nous occupe, les propriétaires des grands fiefs échappaient encore complétement à l'action du pouvoir central».

[2]) Etablissements de St. Louis различаютъ фьефы съ «obéissance le roi» и «non obéissance le roi»—II, ch. 11 («de appeler homme de deffaute faite emprès mostrée d'eritage»—возможность доказывать «par gage de bataille»—«si ce est hors de l'obéissance le roi»; id ch. 12 «de appeler home de murtes de traison».—Cp. Glasson, Histoire de droit et des institutions de la France, v. IV, p. 487.

Весьма поучительна постановка монархической власти въ Іерусалимскомъ королевствѣ, которое представляло изъ себя какъ бы государство, сознательно устроенное на феодальныхъ началахъ. См. Dodu, Histoire des institutions monarchiques dans le royaume latin de Jerusalem, p. 162. Prutz, Kulturgeschichte der Kreuzzüge, S. 165: «eine solche Selbstständigkeit haben doch die Fürsten des alten deutschen Reiches erst durch den westphalischen Frieden erlangt».

[3]) Cp. Paul Sander, Feudalstaat und bürgerliche Verfassung. Авторъ указываетъ, что Кюнцель, не замѣчая этого разсѣянія и перенося на средневѣковыхъ носителей власти черты современныхъ правительствъ, приходитъ къ совершенно искусственнымъ конструкціямъ. Это вообще чрезвычайно выдающаяся и по методамъ и по выводамъ работа: мы никакъ не можемъ согласиться съ рѣзко отрицательнымъ отзывомъ о ней Белова—Der deutsche Staat des Mittelalters, B. I, S. 104. Сандеръ показываетъ, насколько относительны характеристики противоположности феодальнаго и современнаго государства—напр. privat и öffentlich (S. 55). Отсюда, напримѣръ, теорія городского права, данная у Нича, т.н. «Hoftheorie» въ своей категоричности не можетъ быть принята, но въ ней есть зерно истины, поскольку мы смотримъ на сложившійся городской строй въ феодальной Германіи не съ точки зрѣ-

нѣтъ суверейнаго центра—таковымъ не можетъ служить «суверенъ» въ точномъ средневѣковомъ значеніи слова. Конечно, это лишь схема, и средневѣковая жизнь ее далеко не вполнѣ выдерживаетъ даже во Франціи, гдѣ особенно ярко выраженъ феодализмъ—и соціальный и политическій.

Очевидно, подобный строй приводилъ бы къ безнадежной анархіи, еще гораздо худшей, чѣмъ та, которая существовала въ средніе вѣка, если бы взаимныя права и обязанности не регулировались нормами обычнаго права[1]). Мы видимъ чаще, какъ эти нормы противопоставляются королевскимъ притязаніямъ въ эпоху, когда короли начинаютъ бороться съ распыленіемъ власти и стремятся собрать ее въ собственныхъ рукахъ: получается впечатлѣніе, будто обычай былъ цѣликомъ направленъ въ пользу сеньеровъ и противъ суверена. Но такое впечатлѣніе болѣе оправдывается при ретроспективномъ взглядѣ, когда мы, изучая средневѣковую Францію и Германію, мысленно имѣемъ передъ глазами монархію Людовика XIV и великаго курфюрста. Частицы феодальнаго тѣла связываются этой силой, которая въ правовомъ сознаніи многихъ вѣковъ занимала мѣсто, принадлежащее нынѣ закону,—обычаемъ. Суверенитетъ не принадлежалъ отдѣльному сеньеру, ибо онъ не могъ измѣнить обычая по произволу. Теоретически для этого требовалось новое соглашеніе—безъ него сеньеръ не могъ требовать новыхъ правъ, но на него не могли быть возложены и новыя обязанности. Власть самаго обычая ограничивается договоромъ, и самъ обычай выводится изъ нѣкотораго молчаливаго договора. Въ этомъ

нія современности, а болѣе раннихъ эпохъ и состояній. Ср. Heusler, Deutsche Verfassungsgeschichte, S. 138: «ich rede daher nicht vom Lehnstaate, was, so wie wir jetzt den Staat verstehen ein Widerspruch in sich selbst wäre... denn es giebt da keinen Staat im modernen Sinn—sondern bloss einen durch Lohn gebildeten Verband.»

[1]) Взаимность права и обязанности выразительно подчеркнута въ феодальной теоріи: они одинаково въ ея глазахъ должны быть признаны и сеньеромъ и вассаломъ. По словамъ Бомануара, Coutumes de Beauvais, ch. LXI, 1735: «nous disons et voire est selone nostre coustume que pour autant comme li hons doit de son seigner de foi et de loiauté par la reson de son homage, tout autant li sires en doit a son homme.» Ed. Salmon, v. II, p. 383. Ср. о devoir de foi et hommage—у Malecot et Blin, Précis de droit féodal et coutumier, p. 199.

смыслѣ можно говорить о господствѣ договора въ средневѣковомъ государствѣ[1]). Надо только помнить, что въ юридической практикѣ этого государства послѣднiй является исключенiемъ: нормально его дѣятельность все же держится на обычаѣ[2]). Конечно, правообразующей силѣ consuetudo соотвѣтствуетъ правоотмѣняющая—desuetudo; права сеньеровъ погашаются ихъ фактическимъ непримѣненiемъ—достаточно здѣсь вспомнить исторiю расширенiя королевской юрисдикцiи за счетъ феодальной.

Чрезвычайно яркимъ примѣромъ такого господства обычая представляется право сеньера требовать денежной помощи отъ своихъ вассаловъ—auxilium; оно имѣетъ мѣсто лишь въ исключительныхъ случаяхъ—когда сеньеръ взятъ въ плѣнъ, когда онъ отдаетъ дочь замужъ или посвящаетъ сына въ рыцари; менѣе опредѣленно—когда онъ отправляется въ крестовый походъ. Здѣсь отказъ въ денежной помощи былъ бы прямымъ нарушенiемъ вассальной вѣрности: но если сеньеръ хочетъ получить auxilium помимо этихъ случаевъ, онъ долженъ заключить особый договоръ съ отдѣльнымъ вассаломъ или со всѣми

---

[1]) По Lot, Fidèles ou vassaux, вѣрность подданныхъ въ капетингской монархiи первоначально всецѣло представлялась наподобiе вѣрности вассала своему сеньеру: объемъ обязательствъ у fidelis не меньше, чѣмъ у vassus—p. 247 etc. Общее направленiе автора противоположно Флаку. Ср. у Guilhiermoz, Essai sur l'origine de la noblesse en France, p. 255: fidelitas всегда входила въ вассальный договоръ, но она была отъ него совершенно независима и мало связывала людей, не стоящихъ ни въ какихъ феодальныхъ отношенiяхъ—напримѣръ суверена и его подданныхъ; по существу fidelitas характеризовалась извѣстной неопредѣленностью обязательствъ (des obligation d'un caractère vague), весьма непохожею на точныя нормы феодальнаго договора. О явственномъ различiи homagium и fidelitas въ менѣе феодализованной Англiи у Pollock and Maitland, The history of english law, v. I, p. 278 (the oath of fealty omits the words: I becon e your man; a significant omission).Въ Англiи феодальныя обязанности по отношенiю къ лорду всегда дѣйствовали salvo iure королевскаго и нацiональнаго закона—нарушенiя послѣдняго никоимъ образомъ не могли оправдываться первыми. Ib., p. 284. Относительно Германiи см. у Below, Der deutsche Staat des Mittelalters. B. I, S. 207: «Der Untertanenverband und die Natur der staatlichen Herrschaft».

[2]) Отношенiе договора и обычая имѣетъ здѣсь нѣкоторое сходство съ взаимоотношенiемъ въ конституцiонномъ государствѣ учредительной и законодательной власти.

ими. Точно такое же значенiе имѣетъ лежащая на вассалѣ обязанность сорокадневной военной службы въ пользу сеньера: удлиненiе этого срока требовало особаго соглашенiя. Часто военная служба ограничивается не только по времени, но и по территорiи[1]). Насколько подобное ограниченiе правъ сеньера оказывалось реальнымъ, можно видѣть хотя бы изъ исторiи битвы при Леньяно, когда Генрихъ Левъ, отслуживъ свой срокъ, покинулъ въ критическую минуту императора Фридриха, чѣмъ въ немалой мѣрѣ содѣйствовалъ тяжкому пораженiю нѣмцевъ [2]).

Отсюда вытекаетъ трудность провести явственную демаркацiонную линiю между государствомъ феодальнымъ и сословно-монархическимъ, какъ они часто противополагаются. Не подлежитъ сомнѣнiю, что созывъ сословныхъ штатовъ часто служилъ сюзерену могущественнымъ средствомъ въ борьбѣ съ феодальными магнатами, что въ данныхъ штатахъ участвовали общественныя группы, оставшiяся внѣ кругозора феодальнаго права, къ этому послѣднему часто равнодушныя и даже враждебныя. И тѣмъ не менѣе здѣсь дѣйствовалъ тотъ же принципъ соглашенiя, необходимаго когда требуется нѣчто большее, чѣмъ установленное обычаемъ и наличными договорами. Только соглашенiе заключается не съ отдѣльнымъ членомъ сословной группы,

---

[1]) Здѣсь во французскомъ правѣ выработаны были существенныя различiя между host и chevauchée; host было предпрiятiемъ исключительнымъ, требовавшимъ гораздо большихъ усилiй отъ вассаловъ, и поэтому здѣсь ограниченiя времени именно считались особенно необходимыми,—Guilhiermoz, Essai sur l'origine de la noblesse en France, p. 285, 288.Въ саксонскомъ зерцалѣ оговаривался срокъ въ шесть недѣль (des rikes denst, dat dem manne geboden werd mit ordelen ses weken) и несенiе этой службы въ предѣлахъ нѣмецкихъ областей, подчиненныхъ имперiи (binnen düdischer tungen die deme romeschen rike underdan is) —Des Sachsenspiegels Zweiter Theil, her. von Homeyer, B. I, S. 147 (Lehnrecht, 4 Art. § 1).

[2]) Интересенъ съ этой стороны процессъ и осужденiе Генриха Льва, на которыхъ Фридрихъ получилъ реваншъ,—процессъ разобранный въ довольно спецiальной но весьма содержательной и тщательно сдѣланной работѣ: Johannes Haller, Der Sturz Heinrichs des Löwen. Eine quellenkritische und rechtsgeschichtliche Untersuchung. Авторъ считаетъ почти несомнѣннымъ, что по праву этой эпохи Генрихъ не обязанъ былъ въ Италiи помогать императору (S. 434) и не его уходъ былъ юридическимъ основанiемъ осужденiя (S. 406).

а съ этой группой въ ея цѣломъ[1]). Представители послѣдней—лишь передаточная инстанція, лишь голосъ сословія. Отсюда контрастъ въ ихъ положеніи съ положеніемъ народныхъ представителей въ конституціонномъ государствѣ, гдѣ юридически отвергается всякій обязательный мандатъ, и члены палатъ считаются представителями всего государства[2]). Связь съ феодальнымъ правомъ совершенно явственна въ исторіи французскихъ генеральныхъ штатовъ, хотя наиболѣе яркія страницы въ ней вписаны дѣятелями городской буржуазіи, которая никогда не могла найти общую почву для политическаго объединенія съ феодальной аристократіей[3]). Въ меньшей степени это приложимо и къ Германіи[4]).

Эти взаимныя обязательства въ феодальномъ государствѣ часто сопровождаются той самой санкціей, которая охраняетъ въ конечномъ счетѣ современныя международныя обязательства,—правомъ сопротивленія. Правда мы встрѣчаемъ его формально провозглашеннымъ обычно тамъ и тогда, гдѣ и когда

---

[1]) О связи развитія сословныхъ штатовъ въ отдѣльныхъ территоріяхъ Германіи съ бюджетными потребностями—у Spangenberg, Vom Lehnstaat zum Ständestaate, S. 55, 140, 149. О бюджетномъ правѣ штатовъ—Mundt, Geschichte der deutschen Stände, S. 400.

[2]) Нечего говорить, что еще большій контрастъ лежалъ въ крайней неопредѣленности компетенціи штатовъ. По словамъ Гольцмана, Französische Verfassungsgeschichte, S. 213: «über die Rechte der Stände zu reden hat etwas missliches an sich, da sie nie genau festgelegt wurden». Picot, Histoire des états généraux (ed. 2), v. V, p. 137—220. Tezner, Technik und Geist des ständisch-monarchischen Staatsrechtes въ Schmoller's Staats- und socialwissenschaftliche Forschungen, B. XIX, H. 3, S. 6, ос. S. 19. Какъ примѣръ неопредѣленности компетенціи сословныхъ штатовъ, которая расширялась и сужалась въ связи съ фактическимъ соотношеніемъ силъ, Тецнеръ приводитъ богемскіе штаты до и послѣ шмалькальденской войны. Ср. указанія у Goldschmidt, какъ измѣнилось значеніе штатовъ въ Майнцѣ послѣ крестьянской войны—Zentralbehörden und Beamtentum im Kurfürstertum Mainz, S. 51, 59. О штатахъ, какъ представительствѣ сословій, не народа—Tezner, S. 67. Самое понятіе сословныхъ штатовъ можетъ быть устанавливаемо съ очень различной степенью широты. Ср. Ebengreuth, Oesterreichische Reichsgeschichte, S. 176; Spangenberg, Vom Lehnstaat zum Ständestaat, S. 147.

[3]) Picot, Histoire des états généraux, v. I, Introduction.

[4]) Mundt, Geschichte der deutschen Stände, S. 273—о вліяніи городовъ и городской буржуазіи на развитіе сословныхъ штатовъ.

фактическое соотношеніе силъ особенно неблагопріятно для сюзерена. Мы найдемъ его въ англійской великой хартіи вольностей[1]), въ венгерской золотой буллѣ 1222[2]), въ арагонской привилегіи уніи 1287 г.[3]) и въ іерусалимскихъ ассизахъ[4]). Однако и тамъ, гдѣ оно прямо не утверждается, нѣтъ его и категорическаго отрицанія. Насколько подобное право сопротивленія могло быть предметомъ юридической регламентаціи, лучше всего указываетъ 61 ст. великой хартіи вольностей: здѣсь и особое учрежденіе, которое компетентно призывать къ нему и освобождать отъ обязательствъ повиновенія—комитетъ 25 бароновъ; и столь обычный въ феодальномъ правѣ 40-дневный срокъ, въ который должны быть сдѣланы предупрежденія королю или юстиціарію, и наконецъ предѣлъ этого вооруженнаго сопротивленія: можно захватывать владѣнія короля, но его личность остается неприкосновенной. Пусть эта статья великой хартіи не сохранилась при ея дальнѣйшихъ подтвержденіяхъ—несомнѣнно авторы хартіи видѣли въ ней такое же подлинное правовое обязательство, какъ и въ другихъ ея ста-

---

[1]) Art. 61. Комментарій къ статьѣ у Mac Kechnie, Magna Charta, p. 548. О дальнѣйшей ея судьбѣ—объ исключеніи ея при подтвержденіяхъ хартіи глава введенія: Re-issues and Confirmations of the Great Charter.

[2]) Akos Timon, Ungarische Verfassungs—und Rechtsgeschichte, S. 124. 31 ст. золотой буллы гласитъ: «quod si vero nos vel aliquis successorum nostrorum aliquo unquam tempore huic dispositioni nostrae contraire voluerit, liberam habeant harum (dispositionum) auctoritate sine nota alicuius infidelitatis tam episcopi quam alii jobbagines ac nobiles regni nostri et singuli praesentes et futuri posterique resistendi et contradicendi nobis et nostris successoribus in perpetuum facultatem».

[3]) Blancas, Commentarii regum Aragonensium (1588), p. 350. Burke, A history of Spain, v. I, p. 237; cp. p. 284: «the privilege of Union... was perhaps the greatest concession that was ever made by a reigning sovereign to his subjects in the history of the constitutional development».

[4]) Assises du royaume de Jerusalem, ed. par Foucher, ch. 24 (v. I, p. 40): «se il (le roi) avient puis en aucune manière, qu'il voise contre son sairement; il fait premyèrement tort et renoie Dieu que il fausse ce que il avoit juré et se ne doivent soufrir ses houmes ne le plusse, car la Dame, ni li Sire n'en est Seignor fort dou droit» (внѣ права). Cp. Prutz, Kulturgeschichte der Kreuzzüge, S. 165 («gager le roi—ein gewisses Recht der Revolution»); Dodu, Histoire des institutions monarchiques dans le royaume latin de Jerusalem, p. 170.

тьяхъ[1]). Этимъ попыткамъ дать праву сопротивленія возможно полный юридическій характеръ родственна наличность формальнаго права апелляціи на рѣшенія монарха, какъ мы, напримѣръ, находимъ его въ Арагоніи, гдѣ апелляція приносится верховному судьѣ[2])—совершенно своеобразное раздѣленіе властей.

Понятно то впечатлѣніе, которое оставляетъ средневѣковое болѣе или менѣе феодализованное государство, когда оно сопоставляется съ болѣе близкими и знакомыми типами.

Гирке говоритъ, что здѣсь государство поглощается правомъ, т. е. государственная власть очень слаба, а частныя притязанія очень сильны и обезпечены. Естественно подымается вопросъ, не должны ли мы здѣсь искать чрезвычайно яркаго воплощенія принциповъ правового государства. Критика европейскаго абсолютизма не разъ съ сочувствіемъ и сожалѣніемъ оглядывалась въ средневѣковое прошлое, гдѣ было такъ много простора отдѣльному человѣку и всяческимъ союзамъ людей[3]). Въ то же время трудно себѣ представить, чтобы въ общественномъ строѣ, который связанъ съ очень элементарными экономическими условіями, гдѣ земельная собственность является почти единственнымъ богатствомъ, гдѣ, наконецъ, вся страна распадается на рядъ мало связанныхъ соціально-хозяйственныхъ ячеекъ,—можно было найти такое преклоненіе передъ правомъ, такую заботу ввести власть въ его рамки. Слишкомъ много потребовалось бы здѣсь рефлексіи, которая обыкновенно предполагаетъ совсѣмъ иной культурный обликъ эпохи.

---

[1]) Право сопротивленія было исторгаемо и французскими генеральными штатами въ моменты слабости королевской власти—оно санкціонируетъ, напримѣръ, обязательство короля, данное на штатахъ 1355 г., не пользоваться droit de prise,—Picot, Histoire des états généraux, v. I, p. 121.

[2]) По Blancas, Commentarii rerum Aragonensium, p. 26: «ne quid autem damni detrimentique leges aut libertates nostrae patiantur, iudex quidam medius esto, ad quem a rege provocare, si aliquem laeserit, iniuriasque arcere si quas forsan Reipublicae iutulerit, ius fasque esto». Ср. ib., p. 354—характеристика положенія верховнаго судьи изъ книги Ioannes Petri Nuerus. Ib. p. 355: «immo serenissimi reges... iura universa, quae imperator Romanorum respectu sui Imperii habet. Dempto quoad ea in quibus dicta potestas regia est limitata et restricta per Foros praesentis Regni Aragonici». О его несмѣняемости, p. 352, 450.

[3]) Below, Der deutsche Staat des Mittelalters, B. I, S. 175.

Кажущееся «господство права»[1]) есть выраженіе не столько силы права, сколько слабости государства. Вѣдь самая наличность чисто государственныхъ правомочій у частныхъ лицъ является обратной стороной этой слабости. Невозможность найти защиту у государства заставляетъ искать покровительства сильныхъ людей—коммендироваться имъ. Въ каролингской монархіи сдѣлана была грандіозная попытка создать систему должностей чисто государственныхъ—и однако какъ быстро эти каролингскіе графы перерождаются, пріобрѣтаютъ черты феодальныхъ сеньеровъ. Практически это приводило къ тому, что когда европейская дѣйствительность являла наиболѣе яркую и полную картину феодальнаго быта, въ ней было всего меньше безопасности и порядка[2]). Самая правовая регламентація часто оказывается явленіемъ совершенно вторичнымъ—лишь попыткой нѣсколько ослабить этотъ безпорядокъ. Можно объяснить это на примѣрѣ божьяго мира. Конечно, Treuga Dei есть извѣстное ограниченіе принадлежащаго сеньеру права вести частныя войны[3]). Правовый прогрессъ заключался однако въ уничтоженіи самой этой власти, а не въ ея дальнѣйшей регламентаціи. Между тѣмъ, когда изъ среды церкви въ XI вѣкѣ сдѣлано было предложеніе совершенно уничтожить частныя войны, къ нему отнеслись, какъ къ чистой утопіи[4]). Здѣсь,

---

[1]) Ср. Sohm, Fränkische Reichs- und Gerichtsverfassung.

[2]) Luchaire, La société française au temps de Philippe-Auguste, p. 265: la féodalite pillarde et sanguinaire (очень выразительныя данныя изъ источниковъ).

[3]) Характерно, что, предписывая для извѣстныхъ дней «божій миръ», церковь прямо какъ бы узаконяла для другого времени частныя войны. Напр., постановленіе клермонтскаго собора 1095 г. (Mansi, Sacrorum Conciliorum Amplissima Collectio, v. XX, p. 516, c. 1): «tribus autem diebus scilicet secunda, tertia et quarta ab aliquo alicui illata (iniuria) non reputabitur pacis fractio: quatuor autem reliquis diebus si quis alicui iniuriam intulerit, fractionis sanctae pacis reus haberetur».

[4]) Guberti, Gottesfrieden und Landesfrieden, B. I, S. 205—объ энергичномъ протестѣ Герарда, епископа Камбрскаго, противъ требованій постояннаго божьяго мира—они противны человѣческой природѣ: «haec sacramento firmare vel sacramenti violationem periurio augere non esse utile». Ср. этюдъ La guerre privée у Nys, Les origines du droit international, p. 78. Авторъ между прочимъ обращаетъ вниманіе (p. 89), что іерусалимскія ассизы, столь проникнутыя феодальнымъ правомъ, однако умалчиваютъ

впрочемъ, все зависитъ отъ того, съ какой сороны смотрѣть, и здѣсь особенно бросается въ глаза вся относительность обычныхъ историческихъ опредѣленій, когда они имѣютъ въ виду застывшія состоянія, а не развивающіеся процессы. Одинъ и тотъ же институтъ, разсматриваемый въ своихъ отличіяхъ отъ современнаго развитого государственнаго правопорядка и сопоставляемый съ бытомъ, гдѣ господствуетъ одно кулачное право, можетъ быть охарактеризованъ совсѣмъ противоположными чертами.

Признаемъ однако, что право феодальнаго государства установило двустороннія отношенія между сюзереномъ и его сеньерами, надѣлило послѣднихъ весьма широкими субъективными публичными правами и этимъ организовало свободу, невѣдомую даже античнымъ демократіямъ—этой феодальной свободой въ состояніи воспользоваться лишь незначительная часть населенія страны[1]). Низшіе классы совершенно не охватываются этимъ феодальнымъ правомъ. Если у нихъ сохранялась извѣстная степень бытовой свободы и они имѣли нѣкоторую правовую защиту, то не благодаря феодальному праву, а вопреки ему[2]). Зависимость, выразившаяся въ серважѣ, не имѣетъ ничего общаго съ зависимостью вассальной, ни о какомъ аналогичномъ договорѣ между помѣщикомъ и сервомъ не могло быть и рѣчи. Во Франціи освобожденіе крестьянъ на королевскихъ доменахъ идетъ параллельно съ ростомъ королевской власти—территоріальнымъ и политическимъ[3]). Въ Англіи, ко-

о правѣ частной войны, какъ бы его не признавая. Можетъ быть здѣсь отражается уже начавшаяся къ этому времени въ феодальной Европѣ реакція, недопускавшая ввести это столь опасное для общаго мира средство въ новое законодательство, или, что вѣроятнѣе, связь іерусалимскаго королевства со Святой землей и крестовыми походами, связь, въ которой заключался извѣстный религіозный моментъ.

[1]) Spangenberg, Vom Lehnstaat zu Ständestaat, S. 4.

[2]) Черезъ феодальный міръ средневѣковья проходитъ ученіе о трехъ классахъ, на которые распадается общество: клиръ, воины и земледѣльцы, при чемъ послѣдніе должны содержать первыхъ и вторыхъ, находясь подъ ихъ духовнымъ и свѣтскимъ господствомъ. Это отъ вѣка установленный и нерушимый порядокъ. Среди многихъ другихъ, напр., мнѣніе, высказанное въ 1036 г. еп. Камбрскимъ о «genus humanum ab initio trifarium divisum»—у Pertz, Mon. Ger. hist. Scriptorum, v. VII, p. 485.

[3]) Sée, Les classes rurales et le régime domainial en France au moyen âge, p. 261. Ср. замѣчанія Сэ о меньшемъ развитии и скорѣйшемъ прекра-

торая въ уничтоженіи крѣпостного права опередила многія страны Европы, вилланы получили устойчивую судебную защиту своего права противъ лордовъ лишь при Тюдорахъ[1]). Въ Италіи еще болѣе раннее освобожденіе находилось въ несомнѣнной связи съ ростомъ городской самостоятельности, уравновѣшивающей феодальныя права сеньеровъ[2]). Можно сказать, что извѣстная патріархальность хозяйственнаго быта, свойственная феодальному государству, не требовала слишкомъ тяжелой эксплоатаціи крестьянъ, и разрушеніе этой патріархальности, переходъ отъ потребительнаго хозяйства къ производству на рынокъ могло весьма ухудшать участь сельской массы[3])—юридически феодализмъ означалъ для нея безправіе. Это его значеніе чувствовалось въ литературѣ XVIII вѣка, хотя корни и элементы феодализма оставались достаточно неясными[4]). Самая идея единаго права и единаго закона глубоко чужда феодализму.

Въ этомъ государствѣ можно найти слѣды ранней свободы и зародыши будущей,—но тѣ и другіе, повторяемъ, не связаны именно съ его феодальной основой. Рядомъ съ феодальнымъ по-

---

щеніи крѣпостного права въ западной Франціи сравнительно съ восточными частями и о связи этого съ болѣе слабой феодализаціей на западѣ—ib., p. 210.

[1]) Pollock and Maitland, History of english law, v. I, p. 412—432; Vinogradoff, The Growth of the manor, p. 344 (хотя въ манорѣ сохраняется customary court—364); English Society in the eleventh century p. 452 (элементы свободы и неволи въ вилланствѣ). Практика впрочемъ здѣсь далеко не сходилась съ юридической теоріей, которая обычно утверждала полную несвободу вилланова и подводила ихъ всѣхъ подъ одинъ status. Ср. Holdsworth, A history of english law, v. III, p. 376. О развитіи судебной защиты копигольдеровъ А. Н. Савинъ, Англійская деревня въ эпоху Тюдоровъ с. 58 и сл.

[2]) Ср. Gino Arias, Il sistema della costituzione economica e sociale italiana nell'eta dei comuni, p. 225, 271.

[3]) Д. М. Петрушевскій, Возстаніе Уота Тайлора, ч. II, с. 225; Кnapp, Grundherrschaft und Rittergut, S. 84 u. s. w.

[4]) Феодализмъ по существу аристократиченъ,—такъ понимаетъ его не только политическая публицистика; наличность крѣпкой и мощной землевладѣльческой аристократіи обычно даетъ изслѣдователю мысль о существованіи и въ данной странѣ чего-то похожаго на феодализмъ. Здѣсь можно привести въ примѣръ византійскихъ проніаровъ, а также сословный строй дореформенной Японіи.

мѣстьемъ изслѣдователь открываетъ самостоятельную въ извѣстныхъ предѣлахъ общину. Можетъ быть, она восходитъ къ раннему быту германскихъ народовъ, можетъ быть, напротивъ, она явилась плодомъ эволюціи отъ рабства къ относительной свободѣ. Какъ бы ни разрѣшался указанный коренной споръ этихъ двухъ историческихъ школъ, юридически ясно, что эта община, поскольку она самостоятельна, есть чужеродное тѣло въ феодальной ткани.

То же можно сказать и о болѣе крупныхъ самоуправляющихся союзахъ. Норманнское завоеваніе въ Англіи не затронуло безсословнаго представительства въ графствахъ и сотняхъ, которое сложилось еще въ англо-саксонскую эпоху и не умѣщалось въ рамкахъ феодальнаго строя. И англійскій народный судъ въ мѣстныхъ единицахъ, гдѣ создалось участіе присяжныхъ, успѣшно выдержалъ конкурренцію суда феодальнаго.

Но самый замѣчательный примѣръ даютъ въ этомъ смыслѣ средневѣковые города. Опять таки юридическій вопросъ здѣсь надо отдѣлить отъ историческаго—о происхожденіи городской самостоятельности,—который, конечно, самъ по себѣ представляетъ чрезвычайный интересъ. Насъ занимаетъ въ данную минуту не столько генезисъ, сколько результаты. Является ли, напримѣръ, городская община продолженіемъ сельской (Кейтгенъ, Беловъ), примыкаетъ ли ея право къ вотчинно-служилымъ отношеніямъ (Ничъ), или къ рыночному праву (Зомъ), или къ гильдейскимъ организаціямъ (Вильда, Гирке)—или, наконецъ, здѣсь надо искать своеобразныхъ комбинацій этихъ причинъ, расчленить вопросъ,—все это не мѣняетъ, очевидно, контраста между городскимъ и феодальнымъ правомъ. Самостоятельность города, поскольку она проявилась въ собственной юрисдикціи и самоуправленіи, означаетъ прежде всего освобожденіе отъ феодальной зависимости. Въ общемъ городская культура развивается тѣмъ ярче и богаче, чѣмъ менѣе городъ опутанъ сѣтью сеньеріальныхъ отношеній. Отсюда, напримѣръ, контрастъ южной и сѣверной Франціи, контрастъ двухъ территорій, изъ которыхъ на одной дѣйствовала презумпція «nulle terre sans seigneur», а на другой—«nulle seigneur sans titre». Отсюда столь своеобразное развитіе средневѣковой Фландріи, и вообще Бельгіи, кото-

рую ея историкъ называетъ «страною городовъ по преимуществу» [1]).

Въ этомъ болѣе или менѣе самостоятельномъ городѣ, гдѣ экономическое развитіе такъ опередило деревенско-помѣщичій міръ, гдѣ возникли величайшіе памятники средневѣковаго искусства, гдѣ подготоявляется и переживается европейскій ренессансъ,—много есть въ немъ чертъ, которые даютъ соблазнъ его идеализировать. Если для В. Гримма «нѣтъ картины болѣе плѣнительной, чѣмъ средневѣковый городъ» [2]), а для Гирке городское право проникнуто чувствомъ глубокой солидарности [3]), то въ глазахъ Крапоткина средневѣковый городъ, освобожденный отъ феодальной зависимости и самоуправляющійся, есть яркое выраженіе начала взаимопомощи, которое въ природѣ и въ общежитіи людей ограничиваетъ дѣйствіе жестокаго закона борьбы за существованіе [4]). Идеализація, которая разсѣивается при болѣе детальномъ изученіи источниковъ для исторіи городского быта. И въ средневѣковомъ городѣ шла ожесточенная классовая борьба, въ нихъ чувствовался и тяжелый гнетъ городскихъ магнатовъ, и недовѣрчивый эгоизмъ замкнутой общины: видѣть въ этой жизни только воплощеніе обезпеченнаго права личности и взаимной солидарности, это все равно, что смотрѣть на городской пейзажъ только сквозь цвѣтныя стекла готическихъ соборовъ [5]). И все таки, несомнѣнно, именно въ городѣ не только зарождаются отдѣльные институты, но слагаются навыки и стремленія, которыя связуютъ его съ новымъ государствомъ [6]). Здѣсь, внутри городскихъ стѣнъ договорное начало уступаетъ

---

[1]) Pirenne, Histoire de Belgique, p. 157. Всего болѣе развилась городская самостоятельность въ богатыхъ и такъ счастливо географически расположенныхъ городахъ Фландріи, p. 265.

[2]) Приведено у Below, Das ältere deutsche Städtewesen und Bürgertum (въ изданіи Monographien zur Weltgeschichte), S. 137.

[3]) Deutsches Genossenschaftsrecht, B. I, S. 310. Ср. Preuss, Die Entwickelung der deutschen Städteverfassung, S. 86.

[4]) P. Kropotkine, Mutual aid, a Factor of Evolution, ch. V and VI.

[5]) Luchaire, Les communes françaises aux temps des Capétiens directs объ assemblée générale des membres des communes, p. 171. Ср. Pirenne, Histoire de Belgique, v. I, p. 342; v. II, p. 120.

[6]) Luchaire, Les communes françaises aux temps des Capétiens directs, p. 291.

мѣсто односторонним актамъ городской власти, и въ то же время здѣсь развивается широкое право союзовъ. А въ соединеніяхъ городовъ, подобныхъ ганзѣ, даются прообразы позднѣйшихъ конфедерацій[1]). Въ извѣстномъ смыслѣ о средневѣковомъ городѣ можно сказать то же, что и о средневѣковой церкви: онъ есть болѣе съ нашей обычной точки зрѣнія государство, чѣмъ самое тогдашнее государство.

Говоря о юридическомъ феодализмѣ мы неизбѣжно отвлекаемся отъ другихъ элементовъ правоваго быта; между тѣмъ нельзя безъ оговорокъ отождествлять государство средневѣковое и феодальное. Намъ приходится считаться съ разнообразными типами послѣдняго. Вѣдь современная историческая литература вообще едва ли не болѣе склонна сосредоточивать свое вниманіе на различіяхъ, чѣмъ на сходствахъ. Съ другой стороны она охотно подчеркаваетъ, насколько система законченнаго феодальнаго права представляетъ искусственную стилизацію и насколько въ средневѣковомъ государствѣ оставалось элементовъ чисто государственныхъ. Это относится даже къ Франціи, гдѣ по обычному представленію феодализація пошла особенно далеко и гдѣ при началѣ капетингской династіи мы встрѣчаемъ какъ-будто полное распаденіе государства на рядъ ячеекъ-сеньерій: собираніе власти предполагаетъ прежде всего собираніе земли—расширеніе королевскаго домена; и съ другой стороны—созданіе особаго статуса королевской власти, отличнаго отъ нормъ феодальнаго права; вѣдь лишь Людовикъ VI перестаетъ быть вассаломъ, приносить homagium[2]).

---

[1]) Хотя и здѣсь нужно остерегаться переносить новѣйшія юридическія представленія на ганзу, напримѣръ, видѣть въ ней сложившійся союзъ государствъ (d. Staatenbund). Ее можно сопоставлять скорѣе съ современными ей Eidgenossenschaften, среди которыхъ она однако занимаетъ исключительное мѣсто. Dietrich, Schäfer, Die deutsche Hanse, S. 78; Daenell, Die Blütezeit der deutschen Hansa, B. II, S. 289—333.

[2]) Flach, Les origines de l'ancienne France, v. III, p. 151, категорически предостерегаетъ противъ мысли, будто капетингская монархія чисто феодальная: въ капетингскомъ королѣ надо различать propriétaire, duc de la France, monarque féodal, roi traditionnel. См. о четырехъ элементахъ королевской власти ib., p. 204. Ср. Luchaire, Histoire des iustitutions monarchiques de la France, v. I, p. 55: «la monarchie féodale... le terme est équivoque et ne saurait être admis sans reserve; p. 56 «si la monarchie ca-

Въ еще гораздо большей степени это относится къ Германіи съ ея болѣе сильной королевской властью,съ могущественными, стоящими во главѣ областей князьями, правамъ которыхъ относительно короля отнюдь не соотвѣтствовали обязанности передъ ихъ Aftervassalen, съ вліятельнымъ классомъ министиріаловъ[1]). А кромѣ того территоріальная и даже племенная пестрота Германіи, отсутствіе постояннаго центра—все это вело къ тому, что степень феодализаціи въ различныхъ частяхъ Германіи была совершенно различна[2]). Наконецъ въ Англіи если феодализація земельной собственности пошла дальше, чѣмъ гдѣ-либо въ Европѣ, и не осталось клочка аллодіальной земли, то политическій феодализмъ рано былъ задержанъ мощной рукой норманнскихъ королей[3]). Здѣсь признается самостоятельная связь подданнаго съ монархомъ—независимая отъ связи сеньера и вассаловъ;—это уже было засвидѣтельствовано въ такъ называемой сольсберійской присягѣ 1086 г., которую Вильгельмъ взялъ со всѣхъ землевладѣльцевъ Англіи[4]). У сеньера нѣтъ права частной войны, у вассала нѣтъ обязанности сражаться за него; вообще же ни военная служба, ни обложеніе, ни судъ, ни даже curia regis не были вполнѣ феодализованы—къ великому благу для англійской свободы.

Но государственная власть ограничена не только феодальнымъ обычаемъ и необходимостью заключать договоры съ подвластными. Она живетъ въ атмосферѣ, гдѣ остается

---

pétienne appartient par certaines côtés à la société féodale, elle n'est pas moins essentiellement une institution antérieur et extérieure à la féodalité; v. II, p. 239 «monarchie des Capétiens reste longtemps carolingienne par certains côtés»; p. 291—о тѣсной связи между каролингами, капетингами и Валуа. Ср. Viollet, Histoire des institutions politiques de la France, v. II, p. 184.

[1]) Waitz, Deutsche Verfassungsgeschichte, B. VIII, S. 482; Below, Der deutsche Staat des Mittelalters, B. I, S. 313—ср. въ Vorwort, S. V.

[2]) Это не исключаетъ возможности общихъ характеристикъ весьма содержательныхъ, каковая напримѣръ дана въ цитированной книгѣ Белова и въ выдающейся работѣ Spangenberg, Vom Lehnstaat zum Ständestaat; см. S. VI: «die Skepsis mehreren Gelehrten, welche eine allgemeine Verfassunsgeschichte der deutschen Territorien für ein undurchführbares Unternehmen halten, geht wie mir scheint zu weit».

[3]) Maitland, The Constitutional history of England, p. 161.

[4]) Stubbs, Constitutional history of England, v. I, p. 266.

явственно живучимъ римское преданье. Средніе вѣка унаслѣдовали идею единой римской имперіи, которая представляетъ такой разительный контрастъ съ господствующей вокругъ общей дробностью и преобладаніемъ центростремительныхъ силъ[1]). Монархъ сюзеренъ былъ снизу ограниченъ правами и притязаніями вассала; сверху юридическая теорія долгое время отказывала ему въ полной самостоятельности, признавала его зависимымъ не только въ моральномъ, но и въ правовомъ смыслѣ—отъ императора[2]). Сколько разъ въ средніе вѣка образы, въ которые выливались политическія мечтанія Данте, когда онъ писалъ De monarchia,—образы, которые отражались и въ оффиціальномъ языкѣ имперіи[3]) переводились на языкъ схола-

[1]) Блестящая характеристика у Bryce, Holy Roman Empire, p. 89 u. s. w. Ср. Kameprs, Die deutsche Kaiseridee in Prophetie und Sage, S. 30, 45. Замѣчательно что долгое время эпитеты, прилагаемые къ imperium: sacrum и Romanum—тождественны; грамоты употребляютъ ихъ оба, но избѣгаютъ соединять, какъ бы избѣгая плеоназма.Формула sacrum Romanum imperium появляется въ несомнѣнно подлинныхъ актахъ лишь въ 1254—5 годахъ (въ грамотѣ Вильгельма Голландскаго)—Zeumer, Heiliges römisches Reich deutscher Nation. Eine Studie über den Reichstitel, S. 13. Ср. Bloch, Die staufischen Kaiserswahlen und die Enstehung des Kurfürstentums, S. 268.

[2]) Bryce, p. 183 etc. По утвержденію Бартола отрицать это значитъ впадать прямо въ ересь. L. 24, D. XLIX, 15: «si quis diceret imperatorem non esse dominum et monarchum totius mundi, esset haereticus, quia diceret contra determinationem Ecclesiae et contra textum S. Evangelii, dum dicit: Exivit edictum a Caesare Augusto, ut describeretur universus orbis et ita etiam recognovit Christus imperatorem ut dominum». Прив. у Laurant, Etudes sur l'histoire de l'humanité, v. VI. La papauté et l'empire, p. 159. Впрочемъ нельзя здѣсь брать положеній Бартола буквально: онъ видѣлъ, что политическое единство имперіи и другихъ государствъ не есть дѣйствительность. См. у В. Э. Грабаря, Римское право въ исторіи международно-правовыхъ ученій, с. 190; о средневѣковыхъ юридическихъ теоріяхъ имперіи, ib. с. 47.

[3]) Напр., въ указѣ Фридриха I 1156 г.: «quia divinae providentiae clementia Urbis et Orbis gubernacula tenemus»—Perz, Leg. II, p. 99. Объ auctoritas imperialis ad quam totius spectat patrocinium, Otto Fris., Chron. VII, 34 (Perz, Monum. Germaniae, v. XX, p. 266).—Даже Людовикъ Баварскій съ его эфемерными притязаніями, столь мало напоминающими франконскихъ императоровъ и гогенштауфеновъ, говоритъ о себѣ въ весьма торжественныхъ выраженіяхъ. См. Monumenta Germaniae historitica, Legum sectio IV, t.VI, p. 285 etc. (акты, слѣдовавшіе а коронованіемъ 1328 г.)—

стическихъ и сухихъ формулъ и сколько разъ въ эти формулы облекалась явная фикція правоваго верховенства имперіи. Ибо здѣсь теорія ни на одну минуту существованія священной римской имперіи не встрѣчалась съ практикой и во второй половинѣ среднихъ вѣковъ отдѣлилась отъ нея неизмѣримымъ разстояніемъ. Неудивительно, если борьба съ этой фикціей для монарховъ средневѣковой Европы была несравненно легче, чѣмъ борьба съ непокорной феодальной аристократіей. Можно было вести ее одними средствами литературной полемики, не затричивая ни денегъ, ни военной силы. Это отвлеченное правовое ограниченіе отдѣльныхъ государствъ Европы ничѣмъ ихъ не связывало. И если, напримѣръ, французская публицистика приняла такъ къ сердцу притязанія императоровъ, то въ концѣ концовъ здѣсь ставился вопросъ скорѣе удовлетворенія политическаго сомолюбія, чѣмъ устраненія реальныхъ политическихъ препятствій.

Несравненно важнѣе другое. Рядомъ съ этимъ безсильнымъ, распыленнымъ государствомъ жила церковь, во многомъ превосходившая его и своей организаціей и своими моральными возможностями. Она также застигнута общимъ процессомъ феодализаціи, и ей угрожаетъ распаденіе на рядъ епископій, во главѣ которыхъ стоятъ люди, по образу жизни и нравственному облику очень похожіе на обычныхъ сеньеровъ. Отъ этой опасности католическую церковь избавила клюнійская реформа, которая заканчивается реформой папства; послѣднее пріобрѣтаетъ въ монашескихъ, особенно нищенствующихъ орденахъ могущественное средство поддержанія церковнаго единства и независимости.[1]) Церковь въ гораздо большей степени, чѣмъ государство въ средніе вѣка, является носительницей

напр. Confirmatio infeudationis de marchionatu Brandenburgensi, p. 291: etsi regnorum, cunctorum principatum, comitatum et quorumlibet dominorum Romano imperio subiectorum bone disposicioni et ordinacioni magne sollicitudinis studio intendere teneamur, quatinus ipsis in ordine positis totus orbis et habitantes in eo sui status ordinem et regimen consequantur.

[1]) Troeltsch, Die Soziallehren der christlichen Kirchen und Gruppen S. 206. О значеніи здѣсь нищенствующихъ орденовъ—С. Котляревскій, Францисканскій орденъ и римская курія, pass. Глубокая и тонкая оцѣнка связи францисканскаго религіознаго идеала и католической церкви—у Л. П. Карсавина Очерки религіозной жизни въ Италіи с. 349.

римской правовой традиціи: столько разъ церковныя учрежденія и каноническое право служили образцами для государства. Еще болѣе превосходитъ она это послѣднее широтой своихъ задачъ. Думая о конечныхъ цѣляхъ человѣческой жизни она не упускаетъ изъ круга своего вниманія и средствъ.

Въ чемъ выражается программа Иннокентія III въ эпоху высшаго расцвѣта средневѣковой теократіи? Въ двухъ словахъ: cura animarum—но они объемлютъ все духовное правленіе европейскихъ обществъ[1]). Граница, отдѣляющая temporalia и spiritualia всегда условна; обычно она не устанавливаетъ заранѣе, какая сфера принадлежитъ церкви и какая государству, а отражаетъ ихъ фактическое разграниченіе—и здѣсь формальное пониманіе гораздо легче можетъ пріобрѣсти объективно признанную убѣдительность, чѣмъ матеріальное, которое подымаетъ самые общіе и отвлеченные вопросы[2]). Въ канонической традиціи сохранялась высказанная еще папой Геласіемъ мысль о полной двойственности духовнаго и свѣтскаго авторитета; слитыя нѣкогда, напримѣръ, въ лицѣ Мельхиседека, они окончательно и безповоротно раздѣлены Христомъ[3]). Но кон-

[1]) Такова же была и данная имъ программа Латеранскаго собора 1215 г. Luchaire, Innocent III, le concile de Latran et la réforme de l'eglise, p. 5.

[2]) Troeltsch, Die Soziallehren der christlichen Kirchen und Gruppeen, S. 190.

[3]) Tractatus IV, 11 въ Epistolae romanorum pontificum geniunae, ed. Thiel, v. I, p. 567: fuerint haec ante adventum Christi, ut pariter reges existerent et pariter sacerdotes, quod sanctum Melchisedech fuisse sacra prodit historia. Quod in suis quoque diabolus imitatus est, utpote qui semper quae divino cultui convenirent sibimet tyrannico spiritu vindicare contendit, ut pagani imperatores iidem et maximi pontifices dicerentur. Sed quum ad verum ventum est, eundem regem atque pontificem, ultra sibi nec imperator pontificis nomen imposuit, nec pontifex regale fastigium vindicavit: quoniam Christus memor fragilitatis humanae, quod sacrum saluti congrueret, dispensatione magnifica temptavit, sic actionibus propriis dignitatibusque distinctis officia potestatis utriusque discrevit suos volens medicinali humilitate salvari, non humana superbia rursus intercipi; ut et Christiani imperatores pro aeterna vita pontificibus indigerent et pontifices pro temporalium cursu rerum imperialibus dispositionibus uterentur. Особенно конкретно выражена эта мысль у Стефана Турнейскаго въ Summa Decretorum, (ed. Schulte) Introductio, p, 1: in eadem civitate sub eodem rege duo populi sunt et secundum duos populos duae vitae, secundum duas vitas duo principatus, secun-

кретное установленіе предѣловъ служило въ средніе вѣка нескончаемымъ источникомъ споровъ—достаточно вспомнить доводы за и противъ расширенія церковной юрисдикціи[1]). Философское и религіозное примиреніе аскетизма и теократіи намѣчено было у Августина: средневѣковая церковь какъ бы стремилась осуществлять его на дѣлѣ—и даже болѣе того: она признала, что духовное властвованіе надъ міромъ правомѣрно лишь тогда, когда оно сочетается съ глубокимъ отверженіемъ этого міра. Мысль, которую съ чрезвычайной яркостью выражалъ Бернардъ Клервосскій, когда онъ крайне мягко по формѣ, но вполнѣ опредѣленно по содержанію такъ настойчиво предостерегалъ папъ противъ легко образующагося въ ихъ положеніи личнаго честолюбія и властолюбія[2]). Можно сказать—въ идеѣ вся власть правящаго клира есть всегда функція, а не собственность—ministerium, а не dominium по выраженію Бернарда Клервосскаго, и въ этомъ смыслѣ она рѣзко отличается отъ свѣтской власти въ современномъ ей государствѣ, гдѣ такъ сильно чувствовался патримоніальный его элементъ. Церковь, прошедшая черезъ споры объ инвеститурѣ, принявшая целибатъ, поставившая рядомъ съ епископатомъ нищенствующіе ордена, оказалась болѣе свободной отъ того натурально-хозяйственнаго и частно-

---

dum duos principatus duplex iurisdictionis ordo procedit. Civitas ecclesia; civitatis rex Christus; duo populi duo in ecclesia ordines cleriorum et laicorum; duae vitae, spiritualis et carnalis, duo principatus sacezdotium et regnum; duplex iurisdictio, divinum ius et humanum. Redde singalia singulis et conveniant universa. Здѣсь церковь охватываетъ и религіозное общеніе (церковь въ тѣсномъ смыслѣ слова) и свѣтское (сюда относится и государство); двойственность духовнаго и свѣтскаго элемента дается въ предѣлахъ единаго теократическаго порядка. Въ сущности смѣшеніе этой двойственности ставитъ Данте въ вину Константину въ своемъ знаменитомъ изобличеніи папскаго честолюбія и корыстолюбія.—Inf. XIX, v. 115:

Ahi Constantin, di quanto mal fu madre,
Non la tua conversione, ma quella dote,
Che da te prese il primo ricco patre!

[1]) Carlyle, A History of Mediaeval Political Theory, v. II, p. 76 etc.; p. 198 etc.

[2]) De consideratione, lib. I—въ Monarchia sive tractatum de iurisdictione imperiali (Goldasti), v. II, p. 70: «quid fines alicuius invadis? quid falcem vestram in alienam messem extenditis? Non quia indigni vos, sed quia indignum vobis talibus insistere, quippe potioribus occupatis».—Характеристика Бернарда у В. И. Герье, Западное монашество и папство, с. 29—138.

праваго базиса, съ которымъ такъ тѣсно было связано типическое средневѣковое государство.

Но эта власть-служеніе, принадлежащее іерархіи, имѣетъ ли она какіе-нибудь церковно-правовые предѣлы? Поскольку церковь подобна государству и часто служитъ для него образцомъ, можно ли въ ней найти что-нибудь соотвѣтствующее тѣмъ правовымъ требованіямъ, съ которыми люди—хотя бы того времени—обращались къ органамъ государства? Конечно, простой членъ церкви, пасомый, не имѣетъ въ ней такъ сказать какого-нибудь субъективнаго права: явственно опредѣляются только его обязанности. Признаніе, что первый долгъ христіанина повиноваться духовному руководителю-наставнику, гораздо старше средневѣковаго католицизма. Церковная власть ничѣмъ не связана въ наложеніи интердиктовъ и отлученій, и каноническое право не допускаетъ, чтобы на эти ея дѣйствія можно было апеллировать къ свѣтскимъ авторитетамъ. Тѣмъ не менѣе вопросъ о правовыхъ предѣлахъ—не власти церкви въ ея цѣломъ, а власти отдѣльныхъ ея органовъ,—начиная съ папы, живо разбирался въ средневѣковой литературѣ. Мы увидимъ въ послѣдней и рѣзко абсолютистическую тенденцію, какъ у Стефана Турнейскаго, который хотя съ нѣкоторыми оговорками переноситъ на папу принципъ: «legibus solutus»[1]), и мы слышимъ изъ устъ самихъ папъ утвержденіе ихъ превосходства надъ соборомъ; авторитетъ собора вытекаетъ изъ авторитета римской церкви, не обратно[2]). Но здѣсь же вырабатывается и другой кругъ идей, торжество коихъ, можно сказать, дало бы католической церковной организаціи конституціонный обликъ—ученіе о верховенствѣ собора[3]). Высшій авторитетъ принадле-

[1]) Summa Decret. P. III, De Consecratione, c. 6, cum enim, p. 264: probat a maiori canones servandos: cum enim pontifex legibus ecclesiasticis solutus, ut princeps civilibus easque integerrime conservet, patet neminem inferiorem contra eas venire debere.

[2]) Decretalia I, 4, 11: Paschalis Panormitano Episcopo: «aiunt in conciliis statutum non inveniri, quasi Romanae ecclesiae legem concilia ulla praefixerint, cum omnium concilia per Romanae ecclesiae auctoritatem et facta sint et robur acceperint et in eorum statutis Romani Pontificis patenter excipiatur auctoritas».

[3]) Bezold, Die Lehre von der Volkssouveränetät während Mittelalters. Historische Zeitschrift, B. 36, H. 4, S. 351.

житъ лишь тѣмъ актамъ церкви, которые прошли черезъ соборъ— и папа ими связанъ. Это ученіе, нашедшее такихъ выдающихся теоретиковъ и популяризаторовъ въ лицѣ Герсона и Николая Кузанскаго, запечатлѣлось въ знаменитомъ декретѣ констанцскаго собора[1]).

Въ исторіи католической церкви эта попытка соборной реформы въ концѣ концовъ послужила лишь къ укрѣпленію папскаго единовластія: есть логическая связь между неудачами соборовъ XV вѣка, успѣхомъ тридентскаго собора и провозглашеніемъ на соборѣ ватиканскомъ догмата папской непогрѣшимости, при которомъ соборы дѣлаются ненужными и римская энциклика пріобрѣтаетъ значеніе общецерковнаго закона. Но для политической мысли, которой предстояло подвергнуть разбору правовыя основанія государственной власти и соотвѣтственно эту власть преобразовать—соборное движеніе оказалось чрезвычайно благодѣтельнымъ. Не случайно въ Марсиліи Падуанскомъ совмѣщался энергичный защитникъ соборнаго верховенства, проводившій его гораздо далѣе, чѣмъ программа констанцскаго собора,—и провозвѣстникъ государственнаго строя, основаннаго на суверенитетѣ народа и на законахъ, выражающихъ волю этого народа[2]).

---

[1]) Nec confidet (papa) solum divino ac ultimo iudicio reservari. Quod tamen quantum certius atque severius, tanto debet humilior trepidantiusque formidans. Quia et per ecclesiam, quae corpus est Christi, Deus iudicia sua etiam in hoc mundo exercet, et concilia generalia universalem Ecclesiam representant etc.—Mansi, Sacrorum Conciliorum nova collectio, v. XXVIII, p. 247. Ср. у Герсона въ его De potestate ecclesiastica, Consideratio XI— въ Monarchia (Goldasti), v. II, p. 1196.

[2]) Defensor pacis въ Monarchia (Goldasti), v. II, p. 174 etc. oc. lib. I, c. 10—12 (ученіе о законѣ и его верховенствѣ; правитель долженъ управлять лишь въ предѣлахъ закона—principari secundum legem nec praeter ipsam debent omnes principari—установленіе закона черезъ общее согласіе гражданъ); c. 18 (гарантіи противъ нарушеній закона правителемъ) ; II, 6 (ученіе о верховенствѣ въ церкви собранія всѣхъ вѣрующихъ, а не только церкви учащей); 20—21 (о природѣ собора). Чувство необходимости правовыхъ ограниченій власти, какъ свѣтской такъ и духовной, съ необычайной яркостью выступаетъ у Марсилія Падуанскаго, и вѣроятно изо всѣхъ средневѣковыхъ мыслителей онъ съ наибольшимъ правомъ можетъ быть причисленъ къ провозвѣстникамъ правоваго государства въ новомъ пониманіи, тѣмъ болѣе, что и въ вопросахъ религіозной свободы онъ совер-

Другая сторона, мимо которой мы не можемъ пройти— это взглядъ на государственную власть и ея правовую природу, который выработался среди церкви. Говорить о единой системѣ политической философіи католицизма, конечно, не приходится, но можно говорить о господствующихъ тенденціяхъ[1]). Здѣсь явственная двойственность, которая присуща была уже Августину[2]). Государственная власть есть часть земного града и несетъ на себѣ печать его отверженія; въ то же время она есть часть порядка, установленнаго Богомъ вслѣдствіе человѣческой грѣховности; охраняя временный миръ, осуществляя средства для тѣхъ высшихъ цѣлей, которыя ставитъ церковь, эта власть получаетъ свое относительное оправданіе[3]). Въ своемъ знаме-

---

шенно опережаетъ свой вѣкъ. Ср. у Riezler, Die litterarische Widersacher des Papsttums zu Zeit Ludwigs des Bayern—интересное сопоставленіе Марсилія и Оккама, S. 295.

[1]) Такое впечатлѣніе систематическаго единства можетъ давать книга Эйкена о средневѣковомъ міровоззрѣніи, книга очень замѣчательная по проникновенію въ средневѣковую культуру, но недостаточно подчеркивающая все разнообразіе различій и даже противорѣчій въ этой культурѣ.

[2]) О вліяніи Августина Mirbt, Die Stellung Augustins in der Publicistik des gregorianischen Kirchenstreits—выводы, S. 110 u. s. w. В. И. Герье въ книгѣ Западное монашество и папство—возражаетъ противъ переноса августиновскаго понятія о божьемъ царствѣ на Григорія VII и его сторонниковъ (с. 142); у нихъ это царство земной церкви, а не «civitas quae peregrinatur in terris» (с. 155). Несомнѣнно, здѣсь произошла глубокая матеріализація, какъ она видима и въ другихъ сторонахъ религіозной жизни—въ томъ же самомъ аскетизмѣ,—но основное противорѣчіе между аскетическимъ отрицаніемъ и теократическимъ утвержденіемъ, противорѣчіе, перенесенное изъ области высшихъ идей въ область фактовъ ежедневнаго церковнаго обихода,—остается и въ эпоху Григорія VII и позднѣе. Ср. Troeltsch, Die Soziallehren, S. 197, 226 etc.

[3]) Впрочемъ у Августина относительное оправданіе дается государству уже въ силу его существованія, допущеннаго Богомъ. De civ. Dei. V, 19: etiam talibus (какъ Неронъ) tamen dominandi potestas non datur nisi summa Dei providentia, quando res humanas iudicat talibus dominis dignas. Ср. особенно Expositio quarundam praepositionum in Epistola ad Roman. 72 (на 13, 1—3) въ Patrologia Migne S. Latina, v. 35, p. 2083. Въ относительномъ оправданіи государства Августинъ шелъ вполнѣ по слѣдамъ своего наставника Амвросія Медіоланскаго—ср. его episola 37, 8—Migne, v. 16, p. 1085. Въ особенности плодотворно было представленіе о государствѣ, осуществляющемъ миротворческую миссію среди господства анархическихъ инстинктовъ и навыковъ въ средніе вѣка. Объ этомъ у Troeltsch, Die Sozial-

нитомъ письмѣ къ Герману Мецскому Григорій VII говоритъ безъ всякихъ колебаній о дьявольскомъ происхожденіи свѣтской власти, какъ объ истинѣ общеизвѣстной[1]). Можно было объ этомъ напоминать, когда свѣтская власть забывала свое мѣсто въ природѣ, и все таки церковь не могла этой власти отказать въ извѣстномъ признаніи[2]); она такъ часто обращалась къ brachium seculare. Конечно, только условное признаніе власти; послѣдняя должна быть законна въ своемъ происхожденіи и согласна со справедливостью въ своей дѣятельности[3]).

lehren, S. 339. Положительныя правовыя обязанности государства мыслятся именно, какъ служеніе миру. Интересный матеріалъ изъ средневѣковыхъ источниковъ, касающихся Германіи, у Kühne, Das Herrscherideal des Mittelalters und Kaiser Friedrich I, S. 14. Ср. видѣніе Данте въ чистилищѣ— Purg. XVII, v. 66 etc.

E tosto ch'io al primo grado fui
Senti'mi presso quasi un muover d'ala
E ventarmi nel volto e dir: Beati
Pacifici, che son senza ira mala.

Ср. въ молитвѣ кающихся гордецовъ—Pur. XI, v. 7:

Vegna ver noi la pace del tuo regno
Che noi ad essa non potem da noi,
S'ella non vien, con tutto nostro'ngegno.

1) Registrum VIII, 21 въ Bibliotheca rerum Germanicarum Jaffe v. II, p. 457: «quis nesciat reges et duces ab iis habuise principium, qui Deum ignorantes, superbia, rapinis, perfidia, homicidiis, postremo universis fere sceleribus mundo principe diabolo videlicet agitante super pares scilicet homines dominari caeca cupidine et intolerabili praesumptione affectaverunt». Карлейль въ History of Mediaeval Political Theory, v. II, p. 145 указываетъ, что канонисты хотя обычно цитируютъ нѣкоторыя части этого письма, но этого мѣста не приводятъ.

2) Господствующее теократическое воззрѣніе выступаетъ всего ярче у Иннокентія III, притязавшаго на общее руководство жизнью государства. Отъ этого воззрѣнія несомнѣнно отступаетъ доктрина, провозглашенная Бонифаціемъ VIII хотя бы въ его буллѣ Unam sanctam. Функъ убѣдительно доказываетъ, что слово instituere употреблено въ ней не въ смслѣ учить, а въ смыслѣ установлять (einsetzen): «nam veriter testante spiritualis potestas terrenem potestatem instituere habet, et iudicare si bona non fuerit».—Zur Bulle Unam Sanctam въ Kirchengeschichtliche Abhandlungen und Untersuchungen, B. I, S. 483. По Функу это есть доктрина Гуго С. Виктора, изложенная въ трактатѣ De sacramentis.

3) Rufini Summa Decret, herausg, von Singer, S. 404, XXIII, Q 1, c. 4 послѣ объясненія: «potestas mala a Deo esse sinitur et ideo a Deo esse

Государственная власть должна быть ограничена этой справедливостью, этимъ естественнымъ правомъ, которое, по словамъ Григорія IX, не можетъ устраняться никакимъ образомъ и всякое нарушеніе котораго угрожаетъ душѣ вѣчною гибелью[1]). Такая обязанность власти вовсе не умаляется тѣмъ, что подданные не могли противъ самой власти возставать,—даже если она идетъ вопреки указанному естественному праву. Предѣлы обязанности повиновенія здѣсь истолковываются церковными писателями различно—въ частности Ѳома Аквинтскій значительно отступаетъ отъ допущенія лишь пассивнаго сопротивленія, которое содержится въ декретѣ Граціана[2])—но то или другое рѣшеніе не мѣняетъ отвѣтственности властителя. Въ общемъ однако церковные публицисты отнюдь не всегда были расположены признать притязанія свѣтской власти на непосредственную религіозную санкцію для носителя этой власти. Отсюда ихъ готовность между Божественной волей и волею монарха или правителя вставить посредствующую ступень—авторитетъ народнаго согласія. Публицисты—сторонники Григорія VII вполнѣ усваиваютъ договорную теорію и предвосхищаютъ положенія монархомаховъ XVI вѣка: царская власть—только магистратура; она перестаетъ быть законной, если царь выходитъ за отведенные ему предѣлы[3]). Во всякомъ случаѣ въ средніе вѣка церковь никогда не признавала власть государства за абсолютную, и когда католическіе историки и публицисты предостерегаютъ противъ того, чтобы судить о церковной концепціи государства

---

dicitur» и «cum Deus ipsius rei sit auctor, abusionis eius non est approbator» слѣдуетъ: «et quoniam hic de seculari potestate specialiter sermo habetur, sciendum quod duo sunt quibus tanquam duabus columnis potestas bona nititur, et sine quibus nulla potestas approbatur: legitima institutio et iustitiae moderatio».

[1]) Corpus Juris Canon. (ed. Fried.), v. II, Dec. L. I, tit. 4, c. 11—этого права не можетъ отрицать «nemo sanae mentis».

[2]) Ibid., v. I, XXIII, Quaest. I, cap. 4: «non enim potestas nisi a Deo sive iubente sive sinente»—говорится по поводу законности войны и исполненія христіаниномъ военной обязанности: «si humana cupiditate bellum geritur, non nocet sanctis in quos non habet quisquam potestatem nisi desuper datam»—ср. cap. 5 и 7.

[3]) **B e r o l d**, Die Lehre von Volkssouveränetät wahrend des Mittelalters, Historische Zeitschrift, B. 36, H. 4, S. 321.

на основаніи позднѣйшихъ примѣровъ союза между трономъ и алтаремъ,—они безъ сомнѣнія правы[1]).

Наиболѣе явственно эта граница проходитъ въ области религіозной: здѣсь свѣтская власть ничего не можетъ предписывать самостоятельно и отъ себя. Въ эпоху расцвѣта папскихъ теоретическихъ притязаній никогда церковь не могла бы принять того пониманія правъ императорской власти въ сферѣ церковной, которое мы находимъ хотя бы у Карла Великаго,— не даромъ онъ именуетъ себя не только defensor apostolicae sedis, но и rector sanctae Ecclesiae[2]). Нечего говорить, что правители государства, которые становятся еретиками и распространяютъ ересь среди подданныхъ, теряютъ всякія законныя полномочія: церковь произноситъ надъ ними отлученіе и освобождаетъ подданныхъ отъ присяги; такъ поступала она во время альбигойскихъ войнъ, когда правовѣрный сѣверъ Франціи боролся противъ еретическаго юга. Но и монархъ, остающійся вѣрнымъ сыномъ церкви, здѣсь долженъ быть простымъ исполнителемъ ея велѣній. Уже папа Геласій I въ чрезвычайно энергичныхъ выраженіяхъ отвергалъ всякія посягательства монарха въ области религіозной[3]). Нельзя сказать, чтобы византійскій цезаропапизмъ не имѣлъ подобій на средневѣковомъ Западѣ: какъ было сказано, его оттѣнокъ несомнѣнно присущъ монархіи Карла Великаго, гдѣ императоръ притязаетъ даже устанавливать догматы. Но со времени клюнійской реформы церковь относится къ подобнымъ притязаніямъ съ абсолютнымъ осужденіемъ: такое единство духовной и свѣтской власти казалось

---

[1]) Классическое выраженіе церковной доктрины въ формѣ, чуждой крайностей, которыя мы находимъ, напримѣръ, у Августина Тріумфа въ его ученіи о «ministerium» свѣтской власти, дано у Ѳомы Аквинтскаго, Quaestio 104, De obedientia особ. art. 1, 5 и 6—Opera omnia, iussu Leonis XIII edita, v. IX, p. 393.

[2]) Bryce, The Holy Roman Empire, p. 64. Ср. напримѣръ, Concilia Rispacense, Frisingense, Salisburgense a. 800, decretum sinodale episcoporum ex iussione domini Karoli—въ Monumenta Germaniae historica, Legum sectio III, Concilia II, p. 207.

[3]) Epis. as episcopos orientales I, 10 въ Epistoloe romanorum pontificum genuinae ed. Thiel v. I, p, 292.: «quod si dixeris: sed imperator catholicus est? Salva pace ipsius dixerimus: filius est, non praesul Ecclesiae; quod ad religionem competit, discere ei convenit, non docere».

дьявольскимъ соблазномъ. Характерно, что объ отсутствіи этого единства, какъ оно существовало въ Византіи и въ мусульманскомъ мірѣ, сожалѣлъ Фридрихъ II Гогенштауфенъ, въ которомъ правящая церковь готова была увидѣть апокалиптическаго звѣря.

Много разъ историки, весьма далекіе отъ ультрамонтанскаго идеала, признавали, что эта двойственность оказалась въ высшей степени благодѣтельной для европейской свободы. Пусть борьба за церковную самостоятельность обращалась въ борьбу за господство[1]). Пусть съ другой стороны является грубѣйшимъ искаженіемъ исторической перспективы, когда представляютъ средневѣковые конфликты въ видѣ какого-то культуркампфа. На теократической почвѣ стояли и церковь и государство[2]). Въ дѣлѣ организованнаго преслѣдованія ереси государство опередило церковь, и здѣсь одно изъ первыхъ мѣстъ принадлежитъ вольнодумному Фридриху II[3]). Но все же въ этой сферѣ устанавливались границы, запретныя для государственной власти. Можно сказать, зародыши свободы со-

---

[1]) Mirbt, Die Publicistik im Zeitalter Gregors VII, S. 216—сплетеніе этихъ двухъ мотивовъ въ притязаніяхъ и программѣ Григорія.

[2]) Съ большой яркостью это показано въ книгѣ кн. Е. Н. Трубецкого, Религіозно-общественный идеалъ западнаго христіанства въ XI вѣкѣ: борьба шла вовсе не между теократіей и свѣтскимъ міровоззрѣніемъ, а между двумя истолкованіями теократіи. Ср. Friedberg, Die mittelalterlichen Lehren über das Verhältniss von Staat und Kirche—въ Zeitschrift für Kirchenrecht, B. VII, S. 69. По словамъ Мирбта здѣсь столкнулись «der hierarchische Kirchenbegriff mit seinen aggressiven Tendenzen auf der einen und das Ideal des Staates mit theocratischen Aufgaben auf der anderen Seite».—Die Publicistik im Zeitalter Gregors VII, S. 572. Съ другой стороны въ этой борьбѣ и папа выступаетъ, какъ rex; по опредѣленію Григорія VII имѣла мѣсто discordia inter regnum et sedem apostolicam—по Мирбту противополагались Staat und Papsttum—ib., S. 544. Очень характерна формулировка ученія о двухъ мечахъ, которой открывается Sachsenspiegel (I, 1: «dit is de beteknisse, svat deme pavese wirdersta, dat he mit geistlikeme rechte nicht gedvingen ne mach, dat it de keiser mit wertlikem rechte dvinge deme pavese gehorsam to wesene». Homeyer, Des Sachsenspiegels Erster Teil, S. 27.

[3]) Havet, L'hérésie et le bras séculier du moyen âge въ Bibliothèque de l'Ecole des Chartes, 1880, p. 488. Ср. конституцію 1224 г. Фридриха II, вводящую сожженіе за ересь—Huillard Bréholles, Historia diplomatica Frederici v. II, 2, p. 421.

вѣсти, съ которой связаны были всѣ другія свободы, скрывались скорѣе въ успѣхахъ гельфовъ, чѣмъ гибеллиновъ. Государственную власть ограничивала самая наличность католической церкви, которая имѣла правителей, подобныхъ Григорію VII и Иннокентію III, святыхъ, подобныхъ Бернарду, Франциску и Доминику, мыслителей, подобныхъ Ѳомѣ Аквинтскому и Дунсу Скотусу, которая почерпала силу и въ изощренной юридической аргументаціи и въ мистическомъ экстазѣ, въ непоколебимомъ сознаніи своей миссіи—духовно править міромъ, и въ столь же непоколебимомъ отверженіи этого міра. Насколько это ограниченіе было существенно, всего явственнѣе обнаружилось въ эпоху реформаціи.

Таковы были преграды, которыя стояли на пути завоеванія суверенитета средневѣковымъ государствомъ. И однако суверенитетъ былъ завоеванъ—обычно въ лицѣ монарха, который какъ бы воплощалъ государство въ его стремленіи стать самостоятельной и самодовлѣющей организаціей. Король Франціи можетъ наконецъ о себѣ сказать:

Li rois ne tient de nului
Fors de Dieu et de lui[1]).

Феодализмъ уступаетъ мѣсто абсолютизму, и вмѣстѣ съ тѣмъ разрушается феодальное пониманіе правоваго государства. Разрушается во имя чего?

Фактическое могущество ранней средневѣковой монархіи возникаетъ обыкновенно какъ своеобразное и отраженное слѣдствіе толчка, полученнаго данной племенной средой въ процессѣ общаго перемѣщенія, именуемаго великимъ переселеніемъ народовъ[2]); идеи абсолютизма приходятъ съ традиціями римской государственности. Насколько легко онѣ прививались, мы можемъ видѣть не только на примѣрѣ такъ сильно романи-

---

[1]) Etablissements de S. Louis, l. I, ch. 83 (de fausser jugement et de tenir por bon et por loial), ed. Viollet, v. II, p. 135. О смыслѣ этой формулы Chénon, Le droit romain à la curia regis, p. 16; Viollet, Le roi et ses ministres, p. 81.

[2]) Пока эта племенная среда не охвачена общимъ потокомъ, пока сохраняется междуплеменное status quo, остается въ силѣ общая характеристика Тацита: nec regibus infinita aut libera potestas. Germania, c. 7.

зованнаго остготскаго государства, созданнаго Теодорихомъ[1]), но и на примѣрѣ несравненно болѣе типичныхъ германцевъ— лангобардовъ[2]). Очень явственно эти идеи сказываются и въ каролингской монархіи, и онѣ укрѣпляются ярко выраженнымъ теократическимъ характеромъ имперіи. Не даромъ здѣсь Алкуинъ совѣтуетъ не обращать вниманія на голосъ народа[3]). Волеизъявленія короля признаются обязательными наравнѣ съ закономъ[4]). Нельзя сказать, однако, чтобы совершенно затемнено было и другое пониманіе королевской власти, по которому послѣдняя ограничивается законами, причемъ и самые законы издаются лишь при участіи въ той или другой формѣ народа[5]). Неоднократное хотя бы и косвенное это признаніе можно найти въ

---

[1]) Особенно знаменательны въ этомъ смыслѣ Varia Кассіодора, Monum. Germ. hist. Auctor. antiquiss. t. XII, гдѣ королевская власть надѣляется всѣми аттрибутами абсолютизма, освященнаго религіей. Напримѣръ, VI, 23: exeunt a nobis dignitates relucentes quasi a soli radii; VIII, 9: licet ad regendos populos idoneos efficiant quos ad augustum culmen divina provexerint. Остается лишь самоограниченіе нравственное — X, 16: nam cum deo praestante possimus omnia, sola nobis licere credimus laudanda.

[2]) См. Edictum Rotharis regis, 2: si quis cum rege de morte alterius consiliaverit, aut hominem per ipsius iussionem occiserit, in nullo sit culpevolis, quia postquam corda regum in manum Dei esse credimus, non est possevilem ut homo possit aduniare quem rex occidere iusserit.—Болѣе сложнымъ представляется вопросъ для франкскаго государства. Попытка Фальбека (La royauté et le droit royal francs) установить здѣсь наличность чистаго абсолютизма въ общемъ не можетъ считаться удачной. Ср. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, B. II, S. 9.

[3]) Ep. 166 (по счету у Migne въ Patolrogia v. 100, p. 438): populus iuxta sanctiones divinas ducendus est, non sequendus. Nec andiendi sunt qui solent dicere: vox populi vox Dei, cum tumultuositas vulgi semper insaniae proxima sit. О контрастѣ Volksrecht и Königsrecht въ государствѣ каролинговъ у Brunner, B. III, S. 601.

[4]) Waitz, Deutsche Verfassungsgeschichte, B. III, S. 601.

[5]) Ср. Edictum Pistense 864 г. (по поводу уклоненій отъ посѣщенія суда подъ предлогомъ норманнскихъ опустошеній): quoniam lex consensu populi et constitutione regis fit, Franci iurare debent, quia secundum regium mandatum nostrum ad iustitiam reddendam vel faciendam legibus bannitus vel mannitus fuit. Здѣсь regium mandatum какъ бы приравнивается къ lex—но самый эдиктъ «una cum fidelium nostrorum consensu atque consilio constituimus»—Capitularia regum francorum ed. Boretii et Krause, v. II, Pars. 2, p. 312—3.

самихъ капитуляріяхъ[1]); его мы слышимъ изъ авторитетныхъ устъ Гинкмара Реймскаго, который отказывается видѣть въ утвержденіяхъ сторонниковъ королевскаго абсолютизма мысли, достойныя вѣрующаго христіанина[2]).

Каролингская монархія фактически послѣ Карла двигалась въ сторону не абсолютизма и не правовой свободы, а господства свѣтской и духовной феодальной аристократіи[3]). Утвержденіе этой послѣдней совершается среди борьбы съ цѣлымъ рядомъ центробѣжныхъ и центростремительныхъ силъ: между послѣдними видное мѣсто принадлежитъ римскому праву. Кар-

---

[1]) Admonitio ad omnes regni ordines 825 г., с. 3: sed quanquam summa huius ministerii in nostra persona consistere videtur, tamen et divina auctoritate et humana ordinatione ita per partes divisa, ut unusquisque vestrum in suo loco et ordine partem nostri ministerii habere cognoscatur; unde apparet, quod equo omnium vestrum admonitor esse debeo, et omnes vos nostri adiutores esse debetis.—Capitularia regum francorum, v. I, p. 303. Viollet сводитъ каролингскую конституцію къ слѣдующимъ основнымъ статьямъ: 1) во главѣ государства стоитъ монархъ; 2) женщина не можетъ царствовать; 3) законъ не можетъ быть измѣненъ безъ согласія народа. Онъ признаетъ здѣсь зародыши абсолютизма, но склоненъ видѣть ихъ болѣе въ политической литературѣ эпохи, чѣмъ въ ея государственномъ строѣ. Histoire des institutions politiques et administratives de la France, v. I, p. 274, 282.

[2]) De divortio Lothari et Tetbergae, Quaestio VI (693): «dicunt quoque etiam aliqui sapientes quia iste princeps rex est et nullorum legibus vel iudiciis subiacet, nisi solius Dei, qui enim in regno, quod suus pater illi dimisit, regem constituit et sic voluerit, pro hac vel alia causa ibit ad placitum vel ad synodum et si noluerit, libere et libenter dimittat». Responsio (694): «haec vox non est catholici christiani, sed nimium blasphemi et spiritu diabolico pleni»—Migne, Patrologia, v. 125, p. 756.—Viollet отмѣчаетъ эту характерную заботу о законности и правѣ среди полной видимой анархіи.—Histoire des institutions politiques v, I, p. 280: «je voudrais apporter encore un exemple saisissant de cette préoccupation de la légalité (ombre tutelaire du droit) qui s'empare des esprits à mésure que le christianisme les pénètre davantage».

[3]) Насколько эта каролингская монархія далеко ушла въ государственномъ смыслѣ, насколько въ частности она обладала развитымъ управленіемъ, въ которомъ сохранялись традиціи римскаго порядка,—показываетъ новая работа Dopsch, Die Wirtschaftsentwickelung der Karolingerzeit; общая оцѣнка монархической власти и ея разложенія, B. II, S. 355, 360. Здѣсь какъ бы подтверждаются слова Гизо о монархіи Карла: c'est le plus vigoureux essai de monarchie administrative—до Карла V въ Испаніи и Ришелье во Франціи.

лейль, давшій такую замѣчательную работу по исторіи средневѣковой политической и правовой мысли, предостерегаетъ противъ обычнаго взгляда, будто возрожденіе римскаго права было факторомъ исключительно неблагопріятнымъ для политической свободы. Этотъ взглядъ содержитъ много истины[1]), но требуетъ и существенныхъ ограниченій—по крайней мѣрѣ для XII и XIII вѣковъ[2]). Средневѣковые романисты продолжали утверждать, что власть императора делегирована народомъ—въ частности его власть издавать законы[3]). Но это отчужденіе, согласно тому же Ирнерію, окончательное и безповоротное; поэтому теперь народный обычай никогда не можетъ отмѣнить писаннаго закона, исходящаго отъ императора[4]). Мельфійское законода-

[1]) Fitting, Die Anfänge der Rechtsschule zu Bologna, S. 127; Laband, Ueber die Bedeutung der Reception des römischen Rechtes für das deutsche Staatsrecht, S. 38: «die Entwickelung des absoluten Staates und die Reception des römischen Rechtes sind in Deutschland ein und derselbe historische Vorgang».—Лабандъ доказываетъ, что самое начало рецепціи надо искать въ области не частнаго, а публичнаго права, и что она связана была съ опредѣленными политическими интересами. Ср. Flach, Etudes critiques sur l'histoire du droit romain au moyen âge, p. 124.

[2]) Carlyle, v. II, p. 75. Ср. Paul Vinogradoff, Roman law in mediaeval Europe, p. 50;—между прочимъ авторъ напоминаетъ здѣсь о романистахъ, сторонникахъ гвельфовъ, напримѣръ Плацентинѣ. Беловъ возражаетъ противъ часто высказываемаго мнѣнія, будто рецепція римскаго права въ Германіи произошла при сильнѣйшемъ противодѣйствіи населенія; удивительно, напротивъ, какъ равнодушно отнеслось къ ней это послѣднее. Die Ursachen der Reception des Römischen Rechtes in Deutschland, S. 163.

[3]) Напр., у Ирнерія, Summa Codicis, ed. Fitting, I, 14, 3: in condendis legibus spectandum est a quo et quo modo condi debeant; is quidem auctoritatem legis condendae habet qui potestatem praecipiendi habet. Ergo populus Romanus ille immo cui a populo hoc permissum est: principes enim hanc facultatem habent. Nam populo seu principi hoc officium imminet.—Ср. De aequitate II: universitas id est populus hoc habet officium singulis scilicet hominibus quasi membris providere. Hinc descendit hoc, ut legem condat, conditam interpretetur et aperiat.—Quaestiones de iuris subtilitatibus, ed. Fitting, S. 88.

[4]) Savigny, Geschichte des Römischen Rechtes, B. IV, Glossen des Irnerius, S. 459: loquitur haec lex secundum sua tempora quibus populus habebat potestatem condendi leges, ideo tacito consensu omnium per desuetudinem abrogatur. Sed quia hodie potestas tributa est in imperatorem, nihil faceret desuetudo populi.

тельство Фридриха II уже явственно раскрываетъ планъ абсолютнаго полицейскаго государства съ крѣпкой централизаціей и развитой бюрократіей,—и въ этомъ смыслѣ въ XIII вѣкѣ оно стоитъ одиноко; тѣмъ не менѣе во введеніи Фридрихъ обосновываетъ свою власть не только религіозной санкціей, но и мотивами обезпеченія порядка и мира: эта власть держится на естественномъ правѣ, вытекающемъ изъ естественной необходимости, которую призналъ римскій народъ и во имя которой онъ перенесъ свою власть на императора[1]). Передъ лицомъ его дѣда Фридриха Барбароссы на ронкальнскихъ поляхъ сдѣланъ былъ знаменитый опытъ политическаго примѣненія римско-правовыхъ доктринъ, опытъ узаконенія формулы: quod principi placuit legis habet vigorem[2]). Дѣло однако было не столько въ прямомъ провозглашеніи абсолютизма, сколько въ глубокомъ антифеодальномъ направленіи возрождающагося римскаго права и его представителей. Ослабленіе же феодализма означало само по себѣ усиленіе центральной власти.

Это гибеллинское—въ широкомъ смыслѣ слова—направле-

---

[1]) Constitutiones regni Siciliae у Huillard Bréholles, Historia diplomatica Friderici Secundi, v. IV, p. 1, p. 3: homines... inter se odia invicem conceperunt, rerum dominia iure naturali communia dixtinxerunt. Sicque ipsa rerum necessitate cogente nec minus divine provisionis instinctu principes gentium sunt creati, per quos posset licentia scelerum coerceri...Cp. L. I, tit. 30 (p. 33): non sine grandi consilio et deliberatione perpetua condendae legis ius est et imperium in Romanum principem lege regia transtulere Quirites, ut ab eodem, qui commisse sibi cesaree fortune fastigio per potentiam populis imperabat, prodiret origo iustitie a quo eiusdem defensio procedebat.— Здѣсь нѣтъ никакого феодальнаго обоснованія королевской власти—какъ и далѣе отсутствуетъ всякій элементъ договорности монарха и вассаловъ. Съ этой стороны очень характерно въ L. III, tit. 20 (p. 132): de adiutoriis erigendis ab hominibus; злоупотребленія предполагаются возможными лишь со стороны вассаловъ относительно ихъ подъ-вассаловъ; сюзеренъ какъ бы не можетъ совершать этихъ злоупотребленій. Ср. Schupfer, Manuale di storia del diritto italiano. Le fonti, p. 348. О вліяніи сицилійскихъ порядковъ на Германію у Spangenberg, Vom Lehnstaat zum Ständestaat, S. 22.

[2]) Ср. манифестъ Фридриха I, 1157 г.: «cum per electionem principum a solo Deo regnum et imperium nostrum sit»,—Ausgewählte Urkunden zur Erläuterung der Verfassungsgeschichte Deutschlands im Mittelalter, herausgegeben von Altman und Bernheim, S. 106. Ср. Below, Der mittelalterliche Staat, S. 152.

ніе совмѣщалось съ признаніемъ правовыхъ основъ и предѣловъ власти, которая принадлежитъ правящимъ, хотя предѣлы полагались иначе, чѣмъ въ феодальномъ пониманіи. Объ этихъ правовыхъ основахъ не забывалъ и Данте при всемъ его восторженномъ отношеніи къ идеѣ имперіи: не народъ существуетъ ради монарха, но монархъ ради народа—онъ есть первый служитель народа[1]). И вообще побѣда центральной власти вовсе не могла разсматриваться исключительно, какъ торжество силы надъ установленнымъ и признаннымъ правомъ. Монархія приносила новое право даже тѣмъ, которые раньше находились въ безправіи. Достаточно вспомнить, насколько королевскій судъ давалъ больше правовыхъ гарантій, чѣмъ патримоніальная юстиція сеньеровъ, какъ именно здѣсь происходила отмѣна судебнаго поединка и ордалій и т. п.[2]). Съ успѣхами монархической власти было часто связано и освобожденіе крестьянъ отъ крѣпостной зависимости, и пріобрѣтеніе городомъ извѣстной самостоятельности. По сравненію съ феодальнымъ правомъ королевское право—болѣе широкое, національное; такимъ является оно и въ отраженіи политическихъ и финансовыхъ домогательствъ римской куріи. Французская монархія стараго

---

[1]) De Monarchia I, 12: hinc etiam patet, quod quamvis consul sive rex respectu viae sunt domini aliorum, respectu autem termini aliorum ministri sunt, et maxime Monarcha, qui minister omnium procul dubio habendus est. И далѣе, c. 14: non enim cives propter consules nec gens propter regem sed e converso consules propter cives, rex propter gentem... Sic secundum leges viventes non ad legislatorem ordinantur, sed magis ille ad hos. Ср. въ Божественной комедіи слова Юстиніана объ императорской власти—Parad. VI, v. 4 etc:

...l'uccel di Dio
...sotto l'ombre delle sacre penne
Governo il mondo lì di mano in mano
E si cangiando in su la mia pervenne.
Cesare fui e son Giustiniano
Che per voler del primo amor, ch'io sento
L'entro alle leggi trassi il troppo e'l vano.

Здѣсь также императорская власть теряетъ личный характеръ: отдѣльный властитель—лишь носитель вѣковой миссіи.

[2]) Glasson, Histoire du droit et des institution de la France, v. VI, p. 153—«la justice royale».

порядка оканчиваетъ свой историческій путь въ полномъ единеніи съ привилегированными сословными группами; она начинаетъ его въ напряженной борьбѣ съ ними. Еще наканунѣ Франциска I она явственно ищетъ опору въ томъ, что можно назвать общественнымъ мнѣніемъ эпохи[1]). Въ этомъ смыслѣ, монархія, стремившаяся къ неограниченности, получала какъ бы извѣстное не только правовое, но и моральное оправданіе, противодѣйствуя эгоистическимъ интересамъ сословій, которыя ее доселѣ ограничивали[2]).

Впрочемъ корни этого торжества монархіи лежали не столько въ измѣнившихся представленіяхъ о правѣ, сколько въ измѣнившихся политическихъ возможностяхъ и необходимостяхъ. Необходимость прежде всего военной безопасности и защиты; она побудила французскіе генеральные штаты выпустить изъ рукъ могущественное орудіе и предоставить Карлу VII взимать ежегодную подать, taille, на содержаніе постоянной арміи— шагъ, который такъ оплакивалъ Филиппъ Коминъ, предсказывая, что онъ приведетъ къ утратѣ французской политической свободы[3]). Та же самая борьба за внѣшній и внутрен-

---

[1]) Imbart de la Tour, Les origines de la réforme, v. I, p. 207—8. Cp. Glasson, Histoire du droit et des institution de la France, v. V, p. 291.

[2]) Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, B. I, S. 816: «mehr als alle juristische Gründe unterstützte und rechtfertigte die nach Unumschränkheit strebenden Fürsten die innere Notwendigkeit und die Tatsache, dass sie in dem Kampf mit den Ständen allerdings bewusst oder unbewusst das öffentliche Wohl gegen das Privatinteresse vertreten». Cp. Spangenberg, S. 129 etc. Объ эмансипаціи князей отъ штатовъ въ отдѣльныхъ нѣмецкихъ территоріяхъ у Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, S. 871. Mundt, Geschichte der deutschen Stände, S. 433: въ Пруссіи явилась національная необходимость удалить средостѣніе («das lähmende Zwischen-Element») между королемъ и націей въ видѣ сословныхъ штатовъ. О Баваріи у Doeberl, Enwickelungsgeschichte Bayern, B. I, S. 473, 475.

[3]) Mémoires, l. VI, ch. 6 (éd. de Mandrot, v. II, p. 48): il chargea fort son ame et celle de ses successeurs et mist une cruelle playe sur son royaulme qui longuement seignera.—Cp., l. V, ch. 19 (v. I, p. 443). Объ ордонансѣ 1439 г. у Picot, v. I, p. 319 etc.—Замѣчательно, что въ Maximes du droit public—этомъ анонимномъ трактатѣ, содержащемъ характеристику государственнаго права Франціи XVIII вѣка съ точки зрѣнія парламентской оппозиціи, бюджетное право штатовъ возводится къ ордонансамъ Карла VI 1380 г.; они никогда не были отмѣнены и потому остаются въ силѣ; о правомочіяхъ, данныхъ королю въ 1439 г., не говорится ничего, (v. I, p. 147).

ній миръ, борьба, которая пошла на пользу монархической власти, велась въ Германіи вообще и особенно въ отдѣльныхъ ея территоріяхъ. Можно указать здѣсь хотя бы на бранденбургскій «законъ о мирѣ» 1414 г., который занимаетъ видное мѣсто въ исторіи утвержденія династіи, имѣвшей столь блистательное будущее[1]). А возможности открываются въ новыхъ средствахъ военной техники, столь разрушительныхъ для феодальныхъ ополченій, и еще болѣе въ расширеніи народно-хозяйственнаго горизонта, въ ростѣ промышленности и денежнаго хозяйства.

И здѣсь своеобразна судьба англійской государственности. Она не знала послѣдовательнаго политическаго феодализма; и власть сюзерена послѣ норманнскаго завоеванія оставалась гораздо менѣе ограниченной, чѣмъ въ континентальной Европѣ; поскольку же она ограничивалась, постольку умалялась и власть королевскихъ вассаловъ надъ ихъ собственными вассалами. Эта чрезвычайно характерная черта запечатлѣлась въ королевскихъ грамотахъ: въ нихъ отказываются отъ злоупотребленій феодальными преимуществами и полномочіями не только короли, но и всѣ, кому эти преимущества и полномочія принадлежали. Феодальный правовой принципъ получилъ то широкое истолкованіе, при которомъ его соблюденіе должно было интересовать всю свободную землевладѣльческую Англію[2]). Самые термины феодальнаго права постепенно пріобрѣтаютъ общенаціональное значеніе—наиболѣе яркій образчикъ даетъ здѣсь, конечно, Magna Charta. Она исходитъ изъ предположеній феодальнаго порядка, и въ то же время вся дальнѣйшая конституціонная исторія Англіи есть какъ бы пространный къ ней комментарій. Можно доказывать, что въ знаменитой 39 ея статьѣ,

---

Ѳ. В. Тарановскій, Догматика положительнаго государственнаго права во Франціи при старомъ порядкѣ, с. 235.

[1]) Droysen, Geschichte der preussischen Politik, B. I, S. 318. Spangenberg, Vom Lehnstaat zum Ständestaat, S. 123; съ середины XIV вѣка въ Германіи начинается «политическій ренессансъ» въ смыслѣ укрѣпленія государственныхъ началъ и ограниченія частнаго и сословнаго произвола. Однимъ изъ раннихъ его проявленій была и золотая булла.

[2]) Уже въ грамотѣ Генриха I—Stubbs, Select Charters, p. 100 (art. 2 и 4).

гдѣ съ такой безукоризненной юридической точностью устанавливается принципъ неприкосновенности личности, liber homo не соотвѣтствуетъ понятію «свободнаго человѣка» въ современномъ государствѣ[1]). Однако именно такой смыслъ статья получила въ позднѣйшемъ ея пониманіи. Если мы отъ начала XIII вѣка переходимъ къ концу, то встрѣчаемъ статутъ de tallagio non concedendo, дошедшій во французской и латинской версіи. Несомнѣнно, французская версія есть первоначальная; она содержала лишь довольно обычныя въ феодальномъ порядкѣ ограниченія королевскагѳ права получать денежныя субсидіи. Позднѣйшая латинская версія, на которую часто ссылались парламенты, доказывая исконность ихъ бюджетныхъ правомочій, носитъ гораздо болѣе общій характеръ: никакіе сборы и налоги не могутъ быть взимаемы безъ согласія парламента[2]). Такъ ретроспективно было понято и истолковано прошлое англійской государственности.

Со всѣмъ этимъ особенно приходится считаться, когда говорятъ о традиціонности англійскаго строя. Между феодальнымъ и національнымъ правомъ оказалась не противоположность, а естественный переходъ. Объясняется это и сохраненіемъ въ графствахъ и сотняхъ мѣстныхъ безсословныхъ организацій, которымъ былъ присущъ элементъ самоуправленія, и наличностью въ судебномъ процессѣ народнаго элемента, при которомъ разрушеніе суда феодальнаго не означало только побѣду суда королевскаго, какъ во Франціи. Національное право было возможно, потому что возможно было объединеніе сословій, потому что не было контраста между «благородными» и «свободными», который такъ присущъ средневѣковой Франціи.

---

[1]) См. комментарій къ ст. 39 въ превосходной работѣ Mac Kechnee, Magna Carta: подъ liber homo нельзя во всякомъ случаѣ понимать виллана, какъ подъ iudicium parium suorum—судъ присяжныхъ. Впрочемъ авторъ, предостерегая противъ модернизаціи знаменитаго памятника, не соглашается и съ иконоборческимъ взглядомъ Дженкса въ его The Myth of Magna Carta, гдѣ великая хартія изображается плодомъ эгоистической феодальной реакціи. Интересно сопоставить заключенія Макъ Кечни съ Assisa de armis, 3 («tota communa liberorum hominum»)—Stubbs, Select Charters, p. 154.

[2]) Select Charters, p. 494 (французская версія) и p. 497—8 (латинская версія). Ср. Stubbs, Constitutional history of England, v. II, p. 146.

Часть парламента, которая впослѣдствіи дифференцируется въ палату общинъ, съ самаго начала есть представительство территоріальное болѣе, чѣмъ сословное. Съ другой стороны, стремленія ограничить королевскую власть олигархической конституціей—властью магнатовъ, а не голосомъ земли—попытки, подобныя бѣшенному парламенту или движенію орденнеровъ[1]), не имѣли конечнаго успѣха; англійская аристократія не была достаточно сильна, чтобы дѣйствовать обособленно отъ другихъ общественныхъ классовъ. Симонъ Монфоръ понялъ это — и изъ представителя феодальной знати преданіе сдѣлало его творцомъ англійскаго парламента, въ буквальномъ смыслѣ канонизовало его подъ свѣжимъ впечатлѣніемъ его смерти[2]).

Впрочемъ, что особенно поражаетъ въ средневѣковой Англіи,—это даже не классовая и сословная солидарность, безъ которой не могла бы установиться политическая свобода, —а чрезвычайно ясное сознаніе преимуществъ правоваго строя и верховенства закона. Насколько ясно они представлялись англичанамъ XIII вѣка, мы можемъ видѣть изъ такого весьма наивнаго по формѣ, но весьма содержательнаго по смыслу политическаго памфлета, какъ «Битва при Льюисѣ» и изъ такого памятника юридической мысли, какъ творенія Брактона. Замѣчательно образно объясняетъ авторъ политической поэмы, что достоинство королевской власти только выиграетъ, если король подчиненъ закону: вѣдь король проходитъ, а законъ остается[3]).

---

[1]) Stubbs, v. II, p. 76; p. 340.

[2]) Ордонансъ 1266 г., извѣстный подъ именемъ dictum de Kenilworth, возстанавливающій полноту королевской власти, какъ она существовала до бѣшеннаго парламента (quod princeps dominium suum... plenarie obtineat et libere exerceat), воспрещаетъ причислять Монфора къ святымъ (art. 8)—Select Charters, p. 420.

[3]) The battle of Lewes въ The political songs of England, edited by Wright, p. 72, v. 667:

Non omnis arctatio privat libertatem
Nec omnis districtio tollit potestatem
At quid vult libera lex reges arctari?
Ne possint adultera lege maculari.
Et haec coarctatio non est servitutis
Sed est ampliatio regiae virtutis
. . . .

Столь же категорически протестуетъ Брактонъ противъ стремленій примѣнить къ англійскому строю правило «quod principi placuit legis habet vigorem[1]). Знаменитый его современникъ Бомануаръ тоже не чуждъ представленій о высшей силѣ закона, объ отличіи его отъ ордонанса: король можетъ создать законъ—établissement général—лишь съ участіемъ великаго совѣта (par très grand conseil)[2]). Но во Франціи это различіе остается весьма отвлеченнымъ; въ Англіи различіе статута и ордонанса къ концу среднихъ вѣковъ вырабатывается не только съ совершенной точностью, но становится однимъ изъ основныхъ принциповъ дѣятельности государственныхъ органовъ. Верховенство закона есть съ одной стороны верховенство общаго права—common law—которое примѣняютъ суды[3]), а съ другой первенствующее значеніе акта, въ созданіи котораго участвуютъ и предста-

---

v. 865:
Ista lex sic loquitur: per me regnant reges
Per me ius ostenditur hiis qui condunt leges
. . . .
v. 871:
Dicitur vulgariter, ut rex vult, lex vadit;
Veritas vult aliter, nam lex stat, rex cadit.

[1]) De legibus et consuetudinibus Angliae въ серіи The chronicles and memorials of Great Britain and Ireland during the middle ages, v. I, p. 38, l. I, c.8, 5: ipse autem rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et sub lege, quia lex facit regem. Attribuat igitur rex legi, quod lex attribuat ei, videlicet dominationem et potestatem; non est enim rex ubi dominatur voluntas et non lex. Ib., l. II, c. 16, 3 (p. 268). Опредѣленіе lex—quidquid de consilio et de consensu magnatum et rei publicae communi sponsione et auctoritate regis... fuerit definitum et approbatum (l. I, c. 1, 2—p. 2).

[2]) Coutumes de Beauvais, ed. de Salmon, v. II, p. 264.

[3]) Это конституціонное значеніе common law часто остается недостаточно отмѣченнымъ—между тѣмъ оно ясно было такимъ юристамъ, какъ Кокъ и Твисденъ; въ глазахъ послѣдняго—parliament and common law главныя гарантіи (principal means to keep greatnesse in order and due subjection); не даромъ они служатъ предметомъ общей ненависти—«by those, who would have kings set no boundy to their will», Certain considerations upon the government of England edit. by Kemble. c. 16, 17. Ср. Holdsworth, A history of english law, v. III, p. 361: the victory of the Parliament—the victory of the common law. Вмѣстѣ съ этимъ образуется своеобразная связь между королевской прерогативой и equity. Maitland, Equity and the forms of action, p. 6.

вители земли, и лорды, и король, и которому поэтому присущъ извѣстный безличный или скорѣе сверхличный характеръ. Такъ сложился порядокъ, который Фортескью, подводя итоги государственному развитію средневѣковой Англіи, называлъ «dominium politicum et regale»—строй, доказавшій, по его мнѣнію, свое превосходство надъ порядками безправной, деспотически управляемой Франціи[1]).

Эпоха ренессанса провозгласила и выразила въ необыкновенно яркихъ тонахъ идею, которая въ извѣстномъ смыслѣ является антиподомъ идеи правоваго государства: «ragione di stato» итальянской политической теоріи и практики, перешедшее въ общеевропейское обращеніе во французской версіи «raison d'état»—сочетаніе словъ, трудно переводимое по-русски, такъ какъ въ немъ совмѣщаются и государственная необходимость, и государственный интересъ. Геніальнымъ представителемъ этого теченія европейской мысли явился Макіавелли.[2]) Весь паѳосъ автора Il principe устремленъ къ политической власти, политическому могуществу, которыя изображаются высшими, самодовлѣющими благами; какъ могутъ они быть пріобрѣтены, сохранены и расширены? Ограничиться средствами, которыя рекомендуетъ мораль и право, на этомъ пути совершенно недостаточно: человѣкъ здѣсь принужденъ слѣдовать природѣ, тѣмъ ея созданіямъ, на которыхъ не тяготѣетъ бремя нравственныхъ и правовыхъ обязанностей,—долженъ «usare la bestia et l'uomo[3]).

---

[1]) De laudibus legum Angliae, ed. by Amos, c. 36; cp. c. 9—non potest Rex Angliae ad Libitum suum Leges mutare Regni sui, Principatu namque necdum Regali sed et Politico ipse suo Populo dominatur. Замѣчательно, что въ изображеніи этого контраста между Англіей и Франціей, такъ отразившагося въ ихъ борьбѣ къ Фортескью весьма близокъ вообще столь непохожій на него Бэконъ. History of King Henry VII, The Works, by Spedding, v. VI p. 95.

[2]) Въ весьма фантастической, странной, часто абсурдной книгѣ Ferrari, Histoire de la raison d'état (1860) есть нѣсколько яркихъ и нелишенныхъ интереса страницъ о Макіавелли, какъ провозвѣстникѣ ragione di stato; p. 255—265.

[3]) Il principe, c. 18: bisogna adunque essere volpe e leone. Черезъ этотъ холодный расчетъ у Макіавелли пробивается струя страстнаго аван-

Въ настоящее время было бы неумѣстно опровергать вульгарное пониманіе идей Макіавелли. Его политическая гигіена безлична и безстрастна; она можетъ пойти на пользу тиранніи, но можетъ быть примѣнена въ мотивахъ ея предупрежденія. Великій мыслитель взялъ государство лишь въ одномъ его аспектѣ—но это аспектъ, который соотвѣтствуетъ реальной природѣ государства и неизбѣжно останавливаетъ вниманіе при его политическомъ анализѣ. Пугающая односторонность Макіавелли—односторонность не фанатичнаго ослѣпленія или естественной слѣпоты, а совершенно сознательнаго выбора. Нужно ли доказывать, что макіавеллизмъ дѣйствительно сталъ однимъ изъ принциповъ европейской политики—не въ смыслѣ вліянія Макіавелли, а въ смыслѣ практическаго примѣненія его метода брать проблемы государственной жизни[1]). Достаточно здѣсь вспомнить всю исторію международныхъ отношеній, хотя бы внѣшнюю политику Фридриха Великаго, который въ часы досуга, посвященнаго литературѣ, такъ сурово осуждалъ Макіавелли[3]).

Насъ однако занимаетъ другая сторона дѣла. Ragione di stato выражалъ принципъ, который одинаково приложимъ ко всѣмъ формамъ правленія, но въ XVI и въ XVII вѣкахъ онъ оказался

тюристическаго темперамента, которымъ былъ такъ богатъ итальянскій ренессансъ,—готовность отъ себя бросить вызовъ судьбѣ. См. напр. въ Il principe конецъ 25-й главы: io giudico ben questo, che sia meglio essere impetuoso, che rispettivo, perche la fortuna è donna, ed e necessario vedendola tener sotto, batterla et urtarla; e si vede che la si lascia piu vincere da questi, che da quelli che freddamento procedono. На эту сторону не обратилъ вниманія Маколей въ своемъ замѣчательномъ опытѣ о Макіавелли, гдѣ онъ сопоставляетъ двѣ морали этой эпохи, область которыхъ раздѣлена Альпами и которыя олицетворяются въ Генрихѣ V и Франческо Сфорца. Эта страстность и эта готовность вступить въ борьбу съ судьбой чужда позднѣйшему макіавеллизму; подлинный Макіавелли такъ же стражаетъ итальянскій ренессансъ, какъ, напримѣръ, его отражаетъ жизнь геніальнаго авантюриста Бенвенуто Челлини.

[1]) См. интересныя замѣчанія у Benoist, Le Machiavelisme: «c'est moins une doctrine qu'une méthode»,—Макіавелли видѣлъ и училъ видѣть вещи, какъ онѣ есть (p. 6). Въ этомъ смыслѣ макіавеллизмъ вѣченъ: авторъ находитъ его присутствіе даже въ Магабаратѣ (p. 251).

[2]) С. Котляревскій, Правовое государство и внѣшняя политика, с. 259, 260.

особенно полезнымъ для абсолютной монархіи[1]). Изъ него вытекало освобожденіе государственной власти отъ всякаго рода стѣсненій ея суверенитета, а этотъ суверенитетъ всего легче воплощался въ лицѣ монарха. Во имя государственной необходимости могли быть отчуждены всѣ личныя, сословныя и провинціальныя права, можно было оправдать энергичную централизацію и объединеніе власти. И это оправданіе не было исключительно благовиднымъ предлогомъ. Абсолютизмъ Генриха IV выводилъ Францію ихъ хаоса религіозныхъ войнъ, изъ постоянной опасности иноземного вторженія. А затѣмъ raison d'état можетъ заключать и болѣе широкія задачи, выходящія за предѣлы элементарныхъ интересовъ государственнаго самосохраненія: онъ можетъ вмѣщать цѣлую программу реформъ, всесторонняго государственнаго вмѣшательства, какъ онѣ были многократно намѣчены и возвѣщены въ эпоху просвѣщеннаго абсолютизма.

Нельзя однако сказать, чтобы новая абсолютная монархія не искала и правоваго обоснованія. Во Франціи его могло давать понятіе суверенитета, которое мы находимъ у Бодена: приложенное къ государству оно переносилось на государя[2]), правомочія котораго охватываютъ и законодательство, и судъ, и дѣла войны и мира, и созданіе привилегій, и назначеніе должностныхъ лицъ: нѣтъ только неограниченнаго бюджетнаго права[3]).

Боденъ идетъ далѣе, чѣмъ первый систематикъ положительнаго права французской монархіи Сейссель, въ глазахъ котораго

[1]) О значеніи Нодэ, какъ выразителя и популяризатора идеи ragione di stato во Франціи XVII вѣка—у Hitier, La doctrine de l'absolutisme, p. 98.

[2]) Боденъ явственно различаетъ суверенную монархію и тираннію. De republica, II, c. 3, 4; VII, c. 2, 4: tyrannis est in qua unus homo divinis et naturae legibus sublatis rebus alienis ut suis et liberis hominibus quasi mancipiis ad libidinem abutitur. Cp. III, 1, 3—опредѣленіе должности: publia persona quae munus habet lege definita; власть магистрата надъ частными лицами—lex vivans et spirans. Однако рядомъ съ правовыми ограниченіями не забывается и ragione di stato, IV, 3: est enim haec rerum omnium publicarum prima et principua lex: «salus populi suprema lex esto». Столкновеніе этихъ двухъ началъ у Бодена любопытно проявляется въ разрѣшеніи вопроса о конфискаціи имущества у дѣтей и родственниковъ осужденныхъ и о наградахъ за доносъ—V, 3.

[3]) De rep. I, 10 (iura maiestatis propria). Мнѣнія Сюлли здѣсь колебались—см. Picot, v. V, p. 156.

король ограничивается не только религіозной сдержкой, но также самостоятельностью судебныхъ рѣшеній парламента и привилегіями дворянства[1]). Но и Боденъ не шелъ по этому пути до конца: онъ еще предлагалъ спрашивать у штатовъ согласія на денежные сборы, хотя рѣшительно отрицалъ за штатами какую-либо законодательную власть. Однако съ 1614 во Франціи генеральныхъ штатовъ вообще не существовало и скоро простое о нихъ упоминаніе, не говоря уже о предложеніи ихъ правильно созывать, будетъ разсматриваться какъ нѣчто антимонархическое[2]). Король становится высшимъ законодателемъ, администраторомъ, судьею, собственникомъ королевства, онъ неограниченно распоряжается военными и финансовыми рессурсами; галиканская доктрина даетъ ему власть во французской церкви не столь далекую отъ власти, которой пользовались протестантскіе государи. Словомъ, ему какъ-будто нераздѣльно принадлежитъ вся государственная власть, и онъ дѣйствительно можетъ сказать: l'état c'est moi. «Ничто не обезпечиваетъ счастья и благополучія государства въ такой мѣрѣ», напоминаетъ Людовикъ XIV своему сыну, «какъ сосредоточеніе всей власти исключительно въ личности суверена; малѣйшее раздѣленіе этой власти служитъ источникомъ величайшихъ несчастій»[3]). Чтобы избѣжать этого малѣйшаго раздѣла, король отказывается имѣть перваго министра[4]); при наличности Ришелье и

---

[1]) Тарановскій, Догматика положительнаго государственнаго права во Франціи, с. 45.

[2]) Picot, v. V, p. 221.

[3]) Mémoires de Louis XIV, écrits par lui-même, v. I, p. 17 (ed. Gain-Montagnac).

[4]) Признаніе, коимъ начинаются мемуары короля: «J'étois résolu à ne prendre point de premier ministre et à ne pas laisser faire par un autre les fonctions du roi, pendent que je n'en aurois que le titre».—Власть генеральнаго контролера, которая приводила въ такое негодованіе Сенъ Симона, власть самаго Кольбера создалась чисто фактически, а вовсе не вытекала изъ сознательнаго плана организовать централизованную бюрократію. Viollet, le roi et ses ministres, p. 234. Jouvenal, Le controleur général des finances sous l'ancien régime, p. 34: le roi est donc tout; le chef du conseil royal a les hommages sans le pouvoir; le controleur général et les intendants des finances ne sont que des agents d'exécution. Voilá ce que Louis XIV avait décidé, mais les faits ne furent pas conformes à cette décision, car l'intendant des finances appelé au Conseil royal s'appelait Colbert.—Объемъ его власти p. 36 etc.

Мазарини нѣтъ подлинной неограниченной монархіи. Во всякомъ случаѣ власть всѣхъ государственныхъ органовъ цѣликомъ вытекаетъ изъ воли монарха—какъ объ этомъ напоминалъ еще въ 1766 г. въ отвѣтѣ на притязанія фрондирующаго парижскаго парламента Людовикъ XV[1]).

Кажется, въ этой монархіи уничтожены всѣ правовыя сдержки[2])—и однако онѣ существуютъ. Боссюэтъ говорилъ болѣе о правахъ, которыя даются монарху свыше,— о правахъ, въ силу коихъ онъ не связанъ закономъ и является намѣстникомъ и отраженіемъ Бога на землѣ[3]). Фенелонъ сосредоточивается скорѣе на обязанностяхъ, которыя также вытекаютъ изъ положенія короля передъ Богомъ, но которыя вводятъ и его земную власть въ опредѣленныя границы[4]).Эти послѣднія даются прежде всего основными законами. Представленіе о lois fondamentales вообще отличалось великой неопредѣленностью, но оно не исчезаетъ среди режима, который кажется абсолютно личнымъ[5]). Людовикъ XIV, повидимому, все можетъ; но онъ не

---

[1]) Viollet, Le roi et ses ministres, p. 78, 160.

[2]) Мастерское изображеніе у Тэна, L'ancien régime (3-ième ed.), p. 99.

[3]) Politique sacrée tirée des propres paroles de la Sainte Ecriture l. II, art. 1, pr. 1 (Dieu est le vrai Roi). Правда VII книга трактуетъ о королевскихъ обязанностяхъ (напр. art. 4, prop. 8: les rois doivent plus que tous les autres s'abandonner à la providence de Dieu)—но послѣднія вѣдуются только Богомъ; королевской власти не можетъ быть противопостявляемо никакое земное право. Въ то же время по Боссюэту французская абсолютная монархія есть наиболѣе угодный Богу образъ правленія.—Pol. l. II, art. 2, Conclusion; l. III, ar. 2, prop. 1.

[4]) Напр. Examen de conscience sur les devoirs de la royauté.

[5]) По словамъ Arnoult, De la révison des constitutions, p. 24: «l'ancienne France n'avait pas de constitution». Опроверженіе этого взгляда дается въ замѣчательной, хотя сильно тенденціозной книгѣ Lemaire, Les lois fondamentales de la monarchie française d'après les théoriciens de l'ancien régime. По Лемеру эти основные законы искажались и сторонниками абсолютизма, и представителями демократическихъ доктринъ; напротивъ того они правильно были поняты Сейсселемъ и другими традиціоналистами XVI вѣка (p. 149), а позднѣе Фенелономъ (p. 190), Аржансономъ и пр. Самая неопредѣленность основныхъ законовъ связана съ тѣмъ, что они не были застывшимъ выраженіемъ формальнаго права, всегда болѣе или менѣе искусственнаго, а непосредственнымъ отголоскомъ живой традиціи,—p. 381. Ср. Hitier, La doctrine de l'absolutisme, p 110.

можетъ измѣнить салическаго закона о престолонаслѣдіи, не можетъ предоставить французскій престолъ женщинѣ[1]). По принятому взгляду принцъ, призываемый въ силу закона о престолонаслѣдіи, не въ состояніи даже погасить свое право формальнымъ отказомъ[2]). Въ XVIII вѣкѣ эти lois fondamentales, защитниками и хранителями которыхъ признаютъ себя парламенты, значительно расширились по своему содержанію. Сюда входили кромѣ престолонаслѣдія и неотчуждаемости домена также и несмѣняемость извѣстныхъ должностныхъ лицъ, и обязанность короля совѣтоваться съ генеральными штатами, и право послѣднихъ разрѣшать споры о престолонаслѣдіи, и право парламента не регистрировать указовъ, противорѣчащихъ основнымъ законамъ[3]). Можно было говорить о законодательной власти короля, умѣряемой контролемъ парламентовъ[4]). Здѣсь и усматривалось различіе деспотіи и монархіи; въ послѣдней надъ королевской властью стоятъ постоянные законы[5]): пускай они не были записаны,—они все же соста-

---

[1]) Bossuet, Politique, l. II, art. 1, prop. 11.—Характерна у Монтескье оцѣнка завѣщательности престола, введенной Петромъ Великимъ: онъ видитъ здѣсь крайнее проявленіе деспотизма, не терпящаго никакихъ сдержекъ своей волѣ,—L'esprit des lois, l. V, ch. 14.

[2]) Такъ объяснялъ Торси англичанамъ невозможность для Филиппа V отказаться отъ притязаній на французскую корону: «on s'écarteroit absolument du but, qu'on se propose si l'on contrevenoist aux lois fondamentales du royaume... Suivant ces lois le prince le plus proche de la couronne est héritier nécessaire. Il n'est redevable de la couronne ni au testament de son prédécesseur, ni à aucun édit, à aucun decret, ni enfin à la liberalité de personne, mais à la loi. Nulle renonciation ne peut donc la détruire».—Эти идеи восходятъ еще ко времени Карла VII, Viollet, Le roi et ses ministres, p. 37—38. Cp. Ib., p. 105, 135—о неотчуждаемыхъ вольностяхъ галликанской церкви.

[3]) Тарановскій, с. 245.

[4]) Такъ, напримѣръ, представлялъ дѣло руанскій парламентъ въ письмѣ королю 26 февр. 1771 г.—Floquet, Histoire du parlement de Normandie, v. VI, p. 626: «le pouvoir législatif est tout entier dans vos mains, tempéré dans l'exercice par l'examen confié a vos cours».—Противоположный взглядъ, напр., въ рѣчи канцлера въ lit de justice 7 дек. 1770 г.: «quand le législateur veut manifester ses volontés, vous êtes son organe et sa bonté permet que vous soyez son conseil; il vous invite à l'éclairer de vos lumières... Là finit votre ministère». Remontrances du parlement de Paris, v. III, p. 164.

[5]) Луазо признавалъ абсолютную власть короля, полагая, что она имѣетъ троякаго рода сдержки: божескій законъ, естественную справедли-

вляютъ часть политическаго права, покоясь на традиціи и обычаѣ[1]); при этомъ они—«lois naturelles et essentielles», которые высоко подымаются надъ «lois postives et variables». Поэтому формула «si veult le roi, si veult la loi» не признавалась равнозначущей съ «quod principi placuit legis habet vigorem».

Самое важное въ идеѣ основныхъ законовъ,—хотя бы она весьма несовершенно осуществлялась въ жизни,—что здѣсь есть нѣчто юридически стоящее надъ абсолютной властью короля: послѣдняя сама изъ нея вытекаетъ, несмотря на притязаніе быть источникомъ для всѣхъ другихъ властей въ государствѣ. Въ глазахъ самого Боссюэта монархическій абсолютизмъ во Франціи оправдывается высшимъ авторитетомъ—незапамятной традиціей, которая сама есть какъ бы основной законъ. Право парламентской регистраціи дѣйствительно могло казаться формальной гарантіей того, что королевскіе ордонансы не будутъ этихъ законовъ нарушать. Вообще, если можно говорить о конституціи французской монархіи стараго порядка, ей не чуждо было хотя бы отвлеченное признаніе верховенства права[2]).

Въ Германіи идеи Бодена не вполнѣ подходили къ дѣй-

вость и основные законы: (les loix de Dieu, pour que le prince n'est pas moins souverain d'être sujet à Dieu; les règles de la justice naturelles et non positives pour ce, que c'est le propre de la seigneurie publique d'être exercée par Justice et non pas à discrétion. Et finalement les loix fondamentales de l'Estat pour ce que le Prince doit user de la souveraineté selon la propre nature et en la forme et aux conditions qu'elle est establie.—Livre des seigneuries, ch. 2, ed. 1661, p. 12). Отсюда въ глазахъ Монтескье пріобрѣтаетъ такое значеніе наличность «посредствующихъ властей», охраняющихъ законъ. Лемеръ полагаетъ, что здѣсь было нарушеніе истиннаго смысла старой монархической конституціи: Монтескье просто поддерживалъ притязанія парламентовъ, которыя вовсе не вытекали изъ традиціи. Les lois fondamentales de la monarche française, p. 232.

[1]) Maximes du droit public (ed. 1775), v. I, p. 255: l'existence des loix fondamentales positives est suffisamment prouvée par la tradition et par l'autorité.

[2]) Характерно въ какой мѣрѣ подъ сѣнью королевскаго абсолютизма могло свободно и самостоятельно развиваться частное право. Viollet, Histoire des institutions, v. II, p. 205 говоритъ о «le grand fait qui domine notre histoire... c'est on le voit la quasi impuissance du pouvoir royal en face du droit privé».

ствующему праву, благодаря наличности въ государственномъ строѣ федеративныхъ элементовъ[1]): именно они вызывали необходимость юридически разграничивать компетенцію императорской власти и власти территоріальныхъ князей и пріучали къ мысли, что надъ той и надъ другою стоитъ высшій авторитетъ. Само собой разумѣется, можно было спорить объ этихъ границахъ, и сторонники «Majestät des Kaisers» сталкивались съ защитниками «Libertät der Stände», но это не измѣняло самаго принципа ограниченія. Рядъ юристовъ, подобныхъ Ипполиту (a Lapide), Лимнею и другимъ, доказывалъ, что имперія есть скорѣе аристократія, чѣмъ монархія[2]), что имперія управляется законами и императоръ не есть legibus solutus. Надо сказать, что равновѣсіе между властью императорской и территоріальной княжеской со времени вестфальскаго мира было окончательно разрушено, и Landeshoheit превратилось въ дѣйствительный абсолютизмъ. Этому процессу оказалась благопріятной и лютеранская реформація[3]); не говоря о тяготѣніи ортодоксальнаго лютеранства къ княжескому полновластію, самая аугсбургская формула «cuius regio eius religio», приложенная не къ государственной власти вообще, а къ единоличной власти государя, въ отдѣльной территоріи, заключала въ себѣ своего рода признаніе абсолютизма. Въ XVIII вѣкѣ, когда отъ имперіи осталась лишь тѣнь, а реально существовала созданная прагматической санкціей австрійская монархія, юридическія ограниченія власти территоріальныхъ князей разсматривались, какъ нѣчто относящееся къ политической археологіи. А уроки

[1]) Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, B. II, S. 32; Nielsen, Die Entstehung der deutschen Kameralwissenschaft im 17 Jahrhundert, S. 17; Ѳ. В. Тарановскій, Юридическій методъ въ государственной наукѣ, с. 33, 141.

[2]) По Ипполиту (псевдонимъ Хемница), Dissertatio de ratione status in imperio nostro, l. I. c.17; этотъ status—«aristocraticus in monarchica administratione ex parte temperatus»; такія мнѣнія «modestiores et propius ad scopum feriunt», чѣмъ мѣнія тѣхъ, кто приписывалъ императору «maiestatem ac ius imperii», а самой имперіи «statum mere monarchicum». Ср. Severinus de Monzambo, De statu Imperici Germanici, l. VI, § 4, 6, 7, у Zeumer, Quellen und Studien zur Verfassungsgeschichte, B. III, H. 4.

[3]) Чрезвычайно цѣнны относящіяся сюда страницы Трельча, Die Soziallehren der christlichen Kirchen und Gruppen, S. 535, 561, ос. 602 u. s. w.

римскаго права въ истолкованіи придворныхъ юристовъ достаточно укрѣпили мысль, что территоріальные князья суть domini terrae и имъ принадлежитъ dominium terrae. На власти этихъ князей при этомъ лежитъ явственный патримоніальный отпечатокъ—тѣмъ болѣе явственный, чѣмъ болѣе провинціальный укладъ имѣла здѣсь жизнь второстепенныхъ нѣмецкихъ государствъ.

Нельзя здѣсь не остановиться нѣсколько на юридическихъ предпосылкахъ такъ называемаго просвѣщеннаго абсолютизма. Конечно, это понятіе чисто политическое; юридически власть Фридриха II,сказавшаго, что монархъ есть первый слуга своего государства[1]) столь же неограничена, какъ и власть Людовика XIV съ его «l'état c'est moi». Но въ то же время власть монарха какъ бы отрывается здѣсь отъ своего патримоніальнаго корня и обращается въ государственную функцію, требуемую общимъ благомъ, а самъ монархъ—въ государствнный органъ[2]): его власть есть государственная, а не личная. Взглядъ этотъ мы найдемъ не только у теоретиковъ просвѣщеннаго абсолютизма[3]), не только въ наказѣ Екате-

---

[1]) Совершенно невозможно усмотрѣть въ словахъ Фридриха юридическое ограниченіе его власти—какъ это дѣлаетъ въ очень цѣнной и свободной отъ обычныхъ предразсудковъ нѣмецкаго государствовѣдѣнія работѣ Lucas, Die rechtliche Stellung des Parlaments in der Gesetzgebung Oesterreichs und der constitutionellen Monarchien des deutschen Reiches, S. 30. Вообще нѣмецкая и юридическая и историческая наука далеко не освободилась отъ крайней идеализаціи фридриховскаго абсолютизма. Очень характерно у Hintze, Das monarchische Princip und die konstitutionelle Verfassung въ Preussische Jahrbücher, B. 144, S. 381—ос. S. 412: будущее Пруссіи—въ осуществленіи мысли Фридриха, что монархъ есть лишь представитель государственной идеи. Ср. статью того же Гинце, Das politische Testament Friedrichs des Grossen von 1752 въ Historische und politische Aufsätze, B. III, S. 3 и главу Die Verbildung des Fridericianismus у Trampe, Das Deutschtum und sein öffentliches Recht, S. 166.

[2]) Такъ объясняетъ положеніе монарха въ Antimachiavel Фридрихъ II: см. Oeuvres, t. VIII, p. 65. Ср. его Essai sur les formes du gouvernement et sur les devoirs des souverains, t. IX, p. 199 etc.

[3]) Напр., у Sonnenfels, Politische Abhandlungen (1777), Versuch über das Verchältniss der Stände, S. 91: jeder Bürger ist verpflichtet nach dem Verhältniss seines Standes zur Aufrechthaltung des Staates, dessen Glied er ist, nach seinen Kräften beizutragen. Jeder Bürger hingegen hat

рины[1]), но и въ прусскомъ земскомъ уложенiи[2]). Правовое обоснованiе этой власти теоретически лежитъ именно въ этомъ подчиненiи общему благу, во имя котораго отъ нея ожидаются широкiя реформы и которое оправдываетъ ея освобожденiе отъ другихъ юридическихъ ограниченiй [3]). Такъ понимаетъ монархическую власть Тюрго, когда онъ энергично борется противъ плановъ ограниченiя монархiи, которая одна въ состоянiи разбить своекорыстiе привилегированныхъ сословiй и установить равноправiе [4]).

Извѣстно, насколько въ просвѣщенномъ абсолютизмѣ XVIII вѣка теорiя разошлась съ практикой и насколько сравнительно съ возвѣщенными заданiями итогъ реформъ оказался ничтожнымъ. Мечтанiя Тюрго были практически опровергнуты его собственной судьбой. Можно сказать, что въ исторiи осуществленiя началъ правоваго государства просвѣщенный абсолютизмъ имѣлъ отрицательное значенiе. Онъ показалъ, какъ легко вырождается принципъ общаго блага и государственнаго интереса, когда ихъ смыслъ и приложенiя устанавливаются безотвѣтственно и безконтрольно. Самыя реформы тогда легко

---

ein Recht nach eben diesen Verhältnissen von dem Staat den besten, möglichsten Wohlstand zu fordern. Еще характернѣе мѣста у Юсти, приведенныя Рошеромъ въ Geschichte der National-Oeconomie in Deutschland, S. 446.

[1]) Глава II, ос. 13—14.

[2]) Характерно B. I, Einl. § 80: auch Rechtsstreitigkeiten zwischen dem Oberhaupte des Staats und seinen Untertanen sollen bei den ordentlichen Gerichten nach den Vorschriften der Gesetze erörtert und entschieden werden. Ср. § 73 и 81. Ср. у Rosin, Der Begriff der Polizei in Preussen, S. 8: Der Staatszweck nach allgemeinen Landrecht.

[3]) О политическихъ идеалахъ Iосифа II—идеалахъ абсолютизма, поставленнаго на служенiе общему благу—у Ranke, Die deutschen Mächte und das Fürstenbund, S. 61.

[4]) Практическая программа административныхъ преобразованiй Францiи всего яснѣе выражена у Тюрго въ его Mémoires au roi sur les Municipalités. Oeuvres, éd. Daire et Dussard 1844, v. II, p. 502—ос. p. 504: «la cause du mal vient de ce que la nation n'a pas de constitution. Vous êtes forcé de statuer sur tout et le plus souvent par des volontés particulières tandis que vous pourriez gouverner comme Dieu par des lois généraux, si les parties integrantes de votre empire avaient une organisation regulière et des rapports connus».—О монархизмѣ физiократовъ и его оговоркахъ у Güntzburg, Die Gesellschafts und Staatslehre der Physiokraten, S. 95 etc.; ср. S. 75—о моментѣ общественнаго мнѣнiя, какъ основѣ государственной власти по взгляду физiократовъ.

получаютъ характеръ какой-то внутренней авантюры; развѣ Помбаль и Струензе не были на другомъ поприщѣ такими же авантюристами, какъ Герцъ и Альберони? Съ одной стороны подрывалась вѣра во всемогущество гувернементальнаго начала, властной опеки—вѣра, которую рѣшительно разрушало новое экономическое міровоззрѣніе; съ другой становился настоятельнымъ запросъ на правовыя сдержки, которыя могутъ быть созданы лишь допущеніемъ въ достаточныхъ предѣлахъ общественной самодѣятельности—запросъ тѣмъ болѣе сильный, чѣмъ, повторяемъ, рѣзче чувствовалось противорѣчіе теоріи и практики. И можно понять, что европейскій абсолютизмъ, пережившій французскую революцію не притязаетъ на подобныя оправданія единовластія, которыя были въ такомъ ходу въ XVIII вѣкѣ. Декларація священнаго союза замѣняетъ всякое правовое обоснованіе власти—религіознымъ, а Местръ въ Du pape доказываетъ, что законная власть можетъ ограничиваться, не разрушаясь и не открывая простора для анархіи, лишь авторитетомъ церковной іерархіи и ея главы; папу слѣдовало бы признать непогрѣшимымъ хотя бы лишь въ мотивахъ безопасности и мира[1]).

Указанный запросъ поддерживался и тѣмъ, что Европа монархическаго абсолютизма имѣла передъ глазами живой примѣръ Англіи. Здѣсь по общему убѣжденію сохранялось традиціонное преемство права, на которомъ былъ основанъ государственный строй: не требовалось и тѣхъ крайнихъ натяжекъ, историческихъ фикцій, къ которымъ принуждены было такъ прибѣгать французскіе публицисты XVIII вѣка, возсоздавая основные законы страны. Правовая традиція выдержала деспотическія поползновенія Тюдоровъ, угодливость современныхъ имъ парламентовъ[2]); прерванная революціоннымъ кризисомъ XVII вѣка—кризисомъ болѣе важнымъ въ

---

[1]) Ср. въ его Lettres et opuscules, v. I, письмо 1 декабря 1815 г.

[2]) Prothero, Select statutes and documents, Introduction, p. XVII. Въ книгѣ К. А. Кузнецова, Очерки по исторіи политическихъ идей въ Англіи, собраны интересныя данныя, показывающія, насколько политическимъ теоретикамъ-сторонникамъ сильной королевской власти въ эпоху Тюдоровъ все же чужда идея чистаго абсолютизма и насколько присуще представленіе о подзаконности королевской власти.

исторіи политическихъ идей, чѣмъ конституціонныхъ учрежденій—эта традиція получаетъ свое окончательное выраженіе въ биллѣ о правахъ. Иностранные наблюдатели англійскихъ порядковъ въ XVIII вѣкѣ находили тамъ верховенство закона, отвѣтственность должностныхъ лицъ передъ общими судами, судъ присяжныхъ, habeas corpus и свободу печати. Здѣсь заключались пріобрѣтенія гражданственности и культуры болѣе безусловныя, чѣмъ то, что дано было въ сложившемся строеніи и формахъ дѣятельности англійскаго парламента; но сами эти пріобрѣтенія казались связаны съ конституціоннымъ распредѣленіемъ власти, которое популяризировалъ Локкъ — связаны не только логически, но и исторически. Естественно было, отдавая должное этому правовому элементу государственнаго строя, искать обезпеченій его въ томъ, чѣмъ обезпечивался онъ въ Англіи[1]). Обратная сторона англійскаго режима этой эпохи—односторонній соціальный составъ парламента, господство классоваго эгоизма въ законодательствѣ, такъ сказавшееся въ земельныхъ отношеніяхъ, растущая оторванность отъ широкихъ и вліятельныхъ слоевъ населенія, даже не исключенныхъ изъ pays légal, оторванность проявившаяся въ дѣлѣ Уилькса, наконецъ, нездоровая зависимость общинъ отъ лордовъ—все это оставалось мало замѣтнымъ[2]). Напротивъ того, ясно были видны преимущества англійской внѣшней политики, столь послѣдовательной, энергичной и въ общемъ успѣшной: очевидно правовое самоограниченіе власти здѣсь не шло въ разрѣзъ съ raison d'état[3]).

---

[1]) Объ «англоманахъ» въ эпоху подготовки конституанты у М. Ковалевскаго, Происхожденіе современной демократіи (1899), т. I, ч. 3—4, с. 265 и сл.

[2]) Даже для Монтескье—Esprit des lois XI, c. 6: «tous les citoyens dans les divers districts doivent avoir droit de donner leur voix pour choisir le representant excepté ceux qui sont dans un tel état de bassesse, qu'ils sont réputés n'avoir point de volonté propre» — это весьма далеко отъ дѣйствительнаго права Англіи до реформы 1832 г. Значительно иная, гораздо болѣе пессимистическая картина у Монтескье въ Notes sur l'Angleterre, Oeuvres complètes, par Didot, p. 629—633.

[3]) С. А. Котляревскій, Правовое государство и внѣшняя политика, с. 264.—Признанія сильныхъ сторонъ этой внѣшней политики не устраняла та «коалиція ненавистей», которую создали самые успѣхи англи-

Не вся континентальная Европа была захвачена торжествомъ единовластія, и не вездѣ путь къ осуществленію правоваго государства представлялся одинаковымъ для наиболѣе убѣжденныхъ и искреннихъ его сторонниковъ. Въ Польшѣ этотъ путь шелъ черезъ уничтоженіе liberum veto и конфедерацій, замѣну шляхетскаго права національнымъ, установленіе наслѣдственной королевской власти, которая одна была слособна противостоять сословнымъ и областнымъ притязаніямъ, непреодолимымъ для выборнаго короля. Словомъ, это былъ путь реформъ, которыя съ такимъ роковымъ опозданіемъ для судебъ страны вводила конституція 3 мая 1791 г.

Въ Швеціи рядомъ съ вліятельными сословными штатами остается королевская власть, сильная не смотря на всѣ удары внутренніе и внѣшніе, но не способная установить абсолютизмъ; конституціонный строй примыкаетъ непосредственно къ сословно-феодальному[1]): вѣдь только реформа 1866 г. замѣнила четырехсословный риксдагъ территоріальнымъ безсословнымъ представительствомъ[2]). Этотъ дуализмъ двухъ взаимно умѣряющихъ силъ предполагаетъ наличность высшаго авторитета, каковымъ является законъ. Форма правленія 1772 г. опредѣляетъ съ чрезвычайнымъ тщаніемъ, которое должно устранить всякую недоговоренность и двусмысленность, содержаніе и границы такого «законнаго режима». «Законодательные чины, свободные и самостоятельные, но подчиненные закону, подъ управленіемъ короля, обладателя власти, но связаннаго закономъ; оба связаны между собой и оба стоятъ подъ покровительствомъ закона, который предохраняетъ насъ какъ и наше дорогое отечество отъ опасностей, навлекаемыхъ произволомъ власти, абсолютизмомъ аристократіи, правленіемъ толпы»[3]). Опредѣленіе тѣмъ болѣе

чанъ и которой такъ боялся для своей родины Беркъ—Remarks on the policy of the ally, Works III, p. 445.

[1]) Эрихъ Шпарресъ въ сочиненіи Pro rege, lege et grege, вышедшемъ въ 1582 г. излагаетъ ученіе, близкое къ Фортескью. Fahlbeck, Die Regierungsform Schwedens, S. 144.

[2]) Fahlbeck, Die Regierungsform Schwedens, S. X, предостерегаетъ противъ забвенія коренныхъ различій между шведскимъ риксдагомъ до 1866 г. и средневѣковыми сословными штатами—но историческая связь здѣсь несомнѣнна. О роли сословій въ исторіи Швеціи, ib., S, 303 u.s.w.

[3]) Pölitz, Europäische Verfassungen, B. III, S. 68.

интересное, что оно подводитъ, такъ сказать, итоги внутреннему политическому опыту страны и въ этомъ смыслѣ носитъ такой же самобытный характеръ, какимъ вообще отличается шведская конституція. Въ частности распредѣленіе власти между королемъ и риксдагомъ согласно формѣ правленія 1772 г. и акту соединенія 1789 г. значительно отступаетъ отъ привычнаго для насъ конституціоннаго образца. Если король могъ создавать единоличной властью общія постановленія т. н. экономическаго характера, то риксдагу представлялся въ чрезвычайно широкихъ предѣлахъ контроль надъ всякими правительственными учрежденіеми и даже надъ судами. Правовой консерватизмъ въ Швеціи могъ долгое время питаться сознаніемъ правовой цѣнности достигнутаго взаимоотношенія между монархіей и сословіями.

Наконецъ чрезвычайно замѣчательную параллель представляетъ здѣсь Венгрія, далеко не останавливавшая на себѣ должнаго вниманія иностранныхъ изслѣдователей,—Венгрія, гдѣ также феодальный и конституціонный строй связаны преемствомъ и гдѣ абсолютизмъ никогда не признавался законнымъ порядкомъ[1]). Идея правоваго государства получила здѣсь совершенно своеобразное выраженіе въ такъ называемомъ ученіи о святой коронѣ. Святая корона—это не только символъ всей венгерской государственности; она есть субъектъ цѣльной государственной власти—«radix omnium possessionum»[2]). Она сообщаетъ власть и королю и другимъ государственнымъ органамъ—король есть также только высшій государственный органъ. Наглядно переходъ власти выражается въ коронованіи, которое въ Венгріи имѣетъ совершенно особое значеніе: по закону 1791 г. король до коронаціи не можетъ осуществлять

[1]) Абсолютизма не знаетъ и Opus tripartitum auctore Werböcz—Pars II, tit. 3 («qui possint condere leges ac statuta»)—oc. § 3—Corpus decretorum iuris ungarici, v. I, p. 48.

[2]) Akos Timon, Ungarische Verfassungs-und Rechtsgeschichte, S. 509; Ferdinandy, Staats- und Verwaltungsgeschichte des Königreichs Ungarn, S. 5. Символизацію государства въ коронѣ мы находимъ уже въ актахъ конца XII вѣка (приведено у Akos Timon, S. 510). Въ мирномъ договорѣ съ Венеціей 1381 г. республика обѣщаетъ уплачивать ежегодно 7000 золотыхъ «domino regi et eius successoribus in regno et corona, et ipsi corone representanti dictum regnum» (ib., S. 512).

нѣкоторыхъ важнѣйшихъ актовъ своей власти—не можетъ санкціонировать законовъ, издавать привилегій и т. п.[1]). Поэтому къ венгерскому строю не примѣнимо «rex non moritur»—непрерывность присуща не власти короля, а власти святой короны. Эти идеи восприняты и законами 1848 г., которыя, можно сказать, создали новую Венгрію: всякій гражданинъ есть сочленъ святой короны[2]). Что мы имѣемъ здѣсь дѣло не съ археологической фикціей, показываетъ особенно исторія страны послѣ катастрофы 1849 г. Намъ важно только отмѣтить, какъ самобытному развитію государства, не остановленному даже его связью съ австрійско-испанскимъ абсолютизмомъ Габсбурговъ, соотвѣтствуетъ и самобытное правовое его обоснованіе.

Но и Венгрія, и Швеція, и Польша являются исключеніями, которыя оставляютъ возможность говорить объ абсолютизмѣ, какъ типичной стадіи въ развитіи европейскаго государства. Разновидности абсолютизма расходятся между собою гораздо менѣе значительно, чѣмъ типы феодальнаго государства—и всюду стремленіе поставить абсолютизмъ на почву обезпеченнаго права не только властвующихъ, но и подвластныхъ, утвердить въ немъ верховенство закона,—всюду оно оказывается неосуществимымъ. Поиски правоваго обоснованія неизбѣжно приводятъ къ конституціонной реформѣ; она дѣлается и субъективно и объективно первымъ условіемъ воплощенія правоваго государства. И это тѣмъ менѣе подлежитъ спору, чѣмъ въ болѣе разнообразной психологической обстановкѣ подготовляется и совершается реформа. Можно доказывать, что Штейнъ не имѣлъ и не хотѣлъ имѣть ничего общаго съ дѣятелями французской конституанты[3]); поскольку онъ видѣлъ право-

---

[1]) Decretum I, 1790—1791 art. 12: «leges ferendi, abrogandi, interpretandi potestatem... legitimo coronato principi et statibus ad Comitia legitima confluentibus communem esse.» Corpus decretorum iuris ungarici, v. II, p. 204. О коронаціи, ib., ar. 3 (p. 202).

[2]) По Opus tripartitum—лишь nobiles... membra Sacrae Coronae esse censentur—Akos Timon, S. 514.

[3]) Какъ это дѣлаетъ Эрнстъ Мейеръ въ своей полемикѣ противъ Лемана: Französische Einflüsse auf die Staats- und Rechtsentwickelung Preusens im 19 Jahrhundert, B. II, oc. S. 478. Ср. Lehmann, Freiherr von tein, B. II, S. 369 и ос. S. 511.

вой прогрессъ Пруссіи въ освобожденіи отъ всемогущества чиновниковъ и въ пробужденіи общественной самодѣятельности, онъ въ не меньшей мѣрѣ, чѣмъ Гарденбергъ, подготовлялъ конституціонныя преобразованія, хотя они и были отсрочены на сорокъ лѣтъ. Контрастъ революціоннаго перелома и мирнаго развитія, контрастъ конституцій октроированныхъ и народно-суверенныхъ, въ данномъ смыслѣ не имѣетъ особаго значенія.

На этой стадіи государственной жизни стремленіе ввести власть въ правовые предѣлы приводитъ къ нѣкоторымъ опредѣленнымъ чертамъ государственнаго устройства. Правоваго государства начинаютъ искать въ извѣстныхъ конституціонныхъ правахъ и учрежденіяхъ. Нельзя только забывать, что самое стремленіе осуществить его старше и государства конституціоннаго и государства абсолютнаго. Оно проходитъ черезъ вѣка, какъ исканіе права, какъ устремленіе человѣческаго духа—то заглушаясь, то подымаясь, никогда не умирая; умираютъ и обречены умереть—alles was entsteht werth dass es zu Grunde geht—лишь тѣ политическія и общественныя формы, въ которыхъ оно воплощалось.

Глава IV.

КОНСТИТУЦІОННОЕ ГОСУДАРСТВО, КАКЪ ВОПЛОЩЕНІЕ ПРАВОВОГО.

Для нашего времени правовое государство осуществимо въ тѣхъ предѣлахъ, въ какихъ оно осуществимо вообще, только черезъ конституціонный строй. Это положеніе безспорно, хотя отождествленіе правоваго и конституціоннаго государства рѣшительно должно быть отвергнуто. Первое есть понятіе метаюридическое; второе совершенно умѣщается въ рамкахъ юридическаго анализа, который устанавливаетъ отчетливую грань между государствомъ конституціоннымъ и абсолютнымъ. Когда мы разсматриваемъ ихъ политически, между ними можно найти рядъ промежуточныхъ формъ—напримѣръ тотъ типъ, который обозначается нѣмецкимъ словомъ Scheinkonstitutionlismus. Свобода политическая, какъ всякая свобода, допускаетъ рядъ степеней. Юридически конституціоннымъ нужно признать всякое государство, гдѣ народное представительство участвуетъ въ осуществленіи законодательной власти, т. е. гдѣ закономъ въ формальномъ смыслѣ признается лишь актъ, изданный съ согласія народнаго представительства[1]). Въ этомъ опредѣленіи

[1]) Однако безусловно недостаточно признаніе исключительно формальной стороны въ законѣ, къ которому тяготѣютъ и нѣкоторые русскіе государствовѣды—Н. И. Лазаревскій, В. Н. Гессенъ—они имѣютъ здѣсь предшественникомъ самого Н. М. Коркунова. Безъ матеріальнаго критерія остается совершенно непонятнымъ, почему одни акты выполняются съ участіемъ представительства, а другіе—нѣтъ. Ср. Zorn, Das Staatsrecht des deutsches Reiches, B. I, S. 122: für die Abgrenzung der Sphäre vom Gesetz und Verordnung lässt sich ein neuerer Gesichtspunct nicht festzustellen. Die Entscheidung dieser Frage fällt nicht mit dem Recht, sondern der Gesetzgebungpolitik zu.—Это очевидный отказъ отъ всякаго отвѣта: ибо чѣмъ

implicite заключается указаніе на тотъ путь, какимъ конституціонное государство обезпечиваетъ верховенство закона среди другихъ актовъ государственной власти, при чемъ матеріально законъ и для него есть общая норма, а верховенство закона—господство общихъ нормъ[1]). Только общность закона обосновываетъ равенство передъ нимъ[2]).

руководится здѣсь законодательная политика? **Не случайностью, а извѣстной оцѣнкой государственныхъ актовъ по содержанію, т. е. матеріальному признаку.**

[1]) См. возраженія Лабанда, Das Staatsrecht des deutsches Reiches, B. II, S. 1 и Іеллинека, Gesetz und Verordnung, S. 232: они указываютъ, что признакомъ закона является созданіе новаго положенія права (Rechtssatz); но во всякомъ Rechtssatz потенціально дается общая норма. Такое же возраженіе можетъ быть направлено противъ примѣровъ у Rosin, Das Polizeiverordnungsrecht in Preussen, S. 6. Цѣнныя замѣчанія у Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechtes, S. 27. Весьма правильно у Seligmann, Der Begriff des Gesetzes im materiellen und formellen Sinne: въ типичномъ конституціонномъ государствѣ при созданіи правоваго положенія (Rechtssatz) презумпція въ пользу компетенціи парламента; при созданіи матеріальнаго указа—въ пользу компетенціи правительства, если законъ не рѣшаетъ иначе. Къ этому склоняется и Anschütz, Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz, S. 88: его заключительный выводъ—«die Theorie vom Gesetze im formellen und materiellen Sinne ist die wissenschaftilche Ausprägung des konstitutionellen Staatsgedankens». Напротивъ того у Haenel, Studien zum deutschem Staatsrechte, B. II, S. 109, 172, мы не находимъ самаго формальнаго понятія закона или, лучше сказать, находимъ искусственное отождествленіе его съ матеріальнымъ. Близко къ этому толкованію—Martiz, Abhandlungen über den konstitutionellen Begriff des Gesetzes nach deutschem Rechte въ Zeitschift für die gesammte Staatswissenschaft, B. 36, H. 2: законъ можетъ быть опредѣленъ, какъ «ein unverantwortlicher Regierungsact» (S. 249); законовъ только въ формальномъ смыслѣ не существуетъ (p. 250). **Ср. возраженіе Лабанду у Zorn, Das Staatsrecht des d. R. B. 1, S. 442.**

[2]) Поэтому нельзя согласиться и съ Клёппелемъ, когда онъ утверждаетъ, будто въ правовомъ государствѣ на первый планъ выдвигается формальное понятіе закона; матеріальное его значеніе отличаетъ его лишь въ абсолютномъ государствѣ. Gesetz und Obrigkeit, S. 88. Мы отсылаемъ читателя къ блестящимъ страницамъ у Duguit, L'Etat, v. I, p. 482; ср. его Traité de droit constitutionnel, v. I, p. 137. Ихъ не подрываютъ и отступленія отъ всеобщности, указанныя Leroy въ La loi, p. 163; не убѣдительна и критика у Cahen, La loi et le règlement, p. 116; если «la loi... peut ne s'appliquer qu'à une seule personnalité et dans une circonstance unique» (p. 121) онъ остается потенціально общимъ.

Въ сравненіи съ этимъ остальные признаки, какъ бы они ни были важны,—напримѣръ, наличность или отсутствіе отвѣтственности правительства передъ народнымъ представительствомъ,—не имѣютъ рѣшающаго значенія. Если мы говоримъ, что въ Россіи манифестъ 17 октября знаменовалъ переходъ къ конституціонному строю, мы имѣемъ въ виду выраженную въ немъ «непреклонную волю» Монарха «установить какъ незыблемое правило», «чтобы ни одинъ законъ не могъ воспріять силы безъ одобренія Государственной Думы». Все прочее, что намѣчается въ манифестѣ—основные виды гражданской свободы, расширеніе избирательнаго права, даже участіе народнаго представительства въ надзорѣ за закономѣрностью,—говоря отвлеченно,—могло быть осуществлено, и Россія юридически оставалась бы монархіей неограниченной. Столь же безспорно, что при наличности ст. 7 и 86 основныхъ законовъ, Россія подходитъ подъ юридически точное опредѣленіе конституціоннаго государства.

Но если имѣется твердый критерій, отличающій это послѣднее, то въ его предѣлахъ умѣщаются очень различные типы—до такой степени различные, что самое существованіе единаго конституціоннаго права подвергается сомнѣнію. Можно a priori быть увѣреннымъ, что принципъ правового государства воплощается здѣсь не въ одинаковой степени. Самый выборъ типовъ конституціоннаго государства представляетъ большія трудности: какой fundamentum divisionis взять въ основу классификаціи? Каждое государство представляетъ особую многогранную индивидуальность, и въ этой области мы, употребляя рикертовскую терминологію, должны пользоваться не въ меньшей мѣрѣ методомъ обособляющимъ, чѣмъ обобщающимъ. Болѣе цѣлесообразно поэтому разсматривать во свѣтѣ началъ правового государства отдѣльные элементы конституціоннаго строя.

Конституціонное государство можетъ быть монархическимъ и республиканскимъ. Юридически это различіе сводится къ двумъ признакамъ, которые въ сущности тѣсно связаны другъ съ другомъ. Въ монархіи глава государства наслѣдственный[1])

---

[1]) Избирательная монархія въ настоящее время не представляетъ практическаго интереса, какъ и республика съ пожизненнымъ президентомъ,

и безотвѣтственный. Въ республикѣ или его нѣтъ вообще или онъ выборный и отвѣтственный[1]).

Этимъ нисколько не предопредѣляется реальное распредѣленіе власти. Американскій президентъ обладаетъ несравненно болѣе широкой реальной властью, чѣмъ англійскій король, и политическое положеніе послѣдняго ближе подходитъ къ положенію французскаго президента, чѣмъ германскаго императора. Но это уже постоянно повторяющееся расхожденіе юридической формы и политическаго содержанія, расхожденіе, о которомъ однако не должны забывать ни юристъ, ни политикъ. Съ другой стороны мы беремъ лишь признаки совершенно явственные и ощутительные, чего нельзя сказать, напримѣръ, про опредѣленіе, которое даетъ Бернацикъ: монархъ есть лицо, властвующее по собственному праву (eigenes Recht auf das Amt). Какой точный юридическій критерій отличаетъ собственное и не собственное право—сказать это тѣмъ труднѣе, что Бернацикъ въ то же время признаетъ монарха государственнымъ органомъ и не видитъ здѣсь никакого противорѣ-

---

о которомъ мечталъ Гамильтонъ, при созданіи американской конституціи. Поэтому между выборностью главы государства на срокъ и наслѣдственностью его власти съ точки зрѣнія современнаго конституціоннаго права середины нѣтъ. Объясняется это прежде всего политической нецѣлесообразностью промежуточной формы.

[1]) Мы не можемъ согласиться съ А. С. Алексѣевымъ. (Къ вопросу о юридической природѣ власти монарха, с. 117), когда онъ сводитъ монархію къ наслѣдственной передачѣ власти главы государства—по крайней мѣрѣ по скольку рѣчь идетъ о современномъ государственномъ правѣ. Конечно, при такомъ опредѣленіи устраняются юридически довольно трудные вопросы (напримѣръ, о природѣ государственнаго строя, установленнаго французской конституціей 1791 г.)—но зато опускается болѣе внутренній признакъ безотвѣтственности. Вопреки А. С. Алексѣеву мы не думаемъ, что такая безотвѣтственность можетъ быть приписываема президенту французской республики, который подлежитъ въ случаѣ государственной измѣны суду сената, обращеннаго въ Haute Cour по ст. 9 закона 24 февр. 1875 и ст. 12 закона 16 іюля 1875.—Извѣстны примѣры республикъ безъ единоличнаго главы государства — таковую устанавливала французская конституція III г., устанавливаетъ современная швейцарская конституція, гдѣ президентъ лишь можетъ быть признанъ (и то съ оговорками) главой правительства. Большинство современныхъ республикъ, впрочемъ, держится единоличной президентской власти.

чія[1]). Можно ли утверждать, что принципъ правоваго государства въ большей степени осуществляется при какой-нибудь одной изъ этихъ двухъ формъ правленія?

Неоднократно указывалось, что республика обладаетъ въ этомъ смыслѣ преимуществами. Глава государства является въ ней лишь первымъ магистратомъ; власть вручена ему въ той или другой формѣ самимъ населеніемъ; его отвѣтственность можетъ быть политически реальной. Въ республиканскомъ строѣ выдерживается полное юридическое единство стиля, тогда какъ въ монархіи наличность наслѣдственной и безотвѣтственной власти какъ бы представляетъ контрастъ съ другими элементами ея строя—конституціонными и демократическими.

Въ этомъ разсужденіи вѣрно одно: республика въ большей степени укладывается въ чисто юридическія рамки, чѣмъ монархія. Послѣдней присущъ извѣстный ирраціональный элементъ: она обычно представляетъ изъ себя не только институтъ, но часть быта, въ этомъ источники ея силы и ея слабости, въ этомъ, вѣроятно, лежитъ причина, почему въ колоніяхъ и въ странахъ, гдѣ бытъ создается заново, такъ часто устанавливается республиканская форма. Въ монархіи давность имѣетъ гораздо большее значеніе, чѣмъ въ республикѣ. Отсюда однако не слѣдуетъ, чтобы между монархіей и принципомъ правоваго государства существовало неудержимое расхожденіе, котораго нѣтъ въ республикѣ. И здѣсь и тамъ субъектомъ власти является государство; юридически съ этимъ не совмѣстимъ ни суверенитетъ народа, ни суверенитетъ монарха—хотя бы эти принципы имѣли за себя политическое оправданіе[2]).

Верховенство закона одинаково можетъ быть обезпечено въ конституціонной монархіи и въ республикѣ. Главное отличіе монархіи заключается въ томъ, что здѣсь обыкновенно существуетъ абсолютное veto главы государства, а въ республикѣ—

---

[1]) Bernatzik, Republik und Monarchie, S. 28: «wenn wir uns daher der allgemeinen herrschenden Ansicht, dass Monarch zu eigenem Rechte herrsche, anschliessen, so geraten wir damit nicht in Widerspruch mit seiner Stellung als staatlichem Organ».

[2]) Krabbe, Die Lehre von der Rechtssouveränität, S. 191.

лишь суспенсивное[1]). Но этимъ только создается лишнее требованіе, коему долженъ удовлетворять актъ, признаваемый за формальный законъ. Теоретически veto можетъ быть защищаемо въ качествѣ правовой гарантіи, несмотря на возможность злоупотребленія имъ; такъ защищалъ его Монтескье: оно составляетъ противовѣсъ возможному деспотизму палатъ[2]). Впрочемъ въ парламентарной монархіи, когда за примѣненіе королевской санкціи политически отвѣтствуютъ передъ парламентомъ министры, это абсолютное veto теряетъ почти всякое значеніе, и въ сравненіи съ нимъ могущественнымъ политическимъ оружіемъ оказывается суспенсивное veto американскаго президента[3]).

Верховенство закона требуетъ подзаконности указовъ; но это правило общее и для монархій и для республикъ. И здѣсь и тамъ указы не могутъ быть издаваемы contra legem; и здѣсь и тамъ презюмируется необходимость законодательнаго порядка

---

[1]) Іеллинекъ склоняется къ мнѣнію, будто тамъ, гдѣ нѣтъ абсолютнаго veto, гдѣ государственное устройство и вообще наличный правопорядокъ могутъ быть измѣняемы помимо воли монарха, тамъ уже нѣтъ монархіи. Das Recht des modernen Staates, S. 663. Такимъ образомъ не только французская конституція 1791 и норвежская 1814, но даже греческая, гдѣ конституціонный пересмотръ совершается помимо участія короля (ст. 107), не подходила бы подъ понятіе монархической. Относительно Греціи къ этому и склоняется Saripolos, Des Staatsrecht des Königreichs Griechenland, S. 15: «Griechenland ist keine Monarchie, wohl aber eine Republik mit erblichem Staatshaupte». И даже Турція, если бы принятъ былъ первоначальный младотурецкій проектъ измѣненія конституціи (ст. 54), по которому за султаномъ остается суспенсивное veto и палаты могутъ провести законъ вопреки его волѣ, разъ имѣется въ его пользу квалифицированное большинство,—даже Турція попала бы въ республики. Искусственность подобнаго употребленія терминовъ бросается въ глаза. Отсутствіе абсолютнаго veto нисколько не противорѣчитъ основнымъ свойствамъ монархіи,—наслѣдственной передачѣ власти и ея безотвѣтственности.

[2]) Archives parlementaires 1-ière série, v. VIII p. 118, 124.

[3]) Сравненію президентской и монархической санкціи посвящена работа Bompard, Le véto du president de la république et la sanction royale. Автора интересуетъ преимущественно Франція, но онъ ясно показываетъ, какъ при парламентаризмѣ вообще и санкція и veto теряютъ силу, р. 280. Можно понять, что сторонники болѣе сильной королевской власти въ Бельгіи при пересмотрѣ конституціи въ 90-хъ годахъ готовы были замѣнить veto правомъ монарха передавать законопроектъ на всенародный референдумъ.

при созданіи правовой нормы[1]), и нѣтъ общаго уполномочія главы государства на изданіе актовъ, устанавливающихъ обязанности населенія[2]). Съ другой стороны и право французскаго

---

[1]) Противоположное мнѣніе Арндта относительно Пруссіи—Das selbstständige Verordnungsrecht, S. 64—рѣшительно отвергается большинствомъ нѣмецкихъ государствовѣдовъ. Полная неосновательность толкованія прусской конституціи Арндтомъ доказана у Anschütz, Die gegenwährtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Verordnungrechtes nach preussischem Staatsrecht. Несоотвѣтствіе взглядовъ Арндта практикѣ имперскаго суда—Hubrich, Das Reichsgericht über den Gesetzes-und Verordnungsbegriff nach Reichsrecht. Не болѣе убѣдительно у Bornhack, Grundriss des deutschen Staatsrechtes, S. 88: «sie können einmal vorkommen auf dem von der Gesetzgebung nicht in Anspruch genommenen Gebiete. Hier handelt es sich um selbstständiges Rechtsverordnungsrecht, deren rechtliche Zulässigkeit trotz immer noch vereinzelt vorkommenden Anfechtungen in der neueren Staatsrechtswissenschaft theoretisch wie praktisch über jeden Zweifel erhaben ist»—взглядъ весьма характерный для тенденцій Борнгака. Ср. его Preussisches Staatsrecht, B. I, S. 455 (нѣсколько менѣе категорично). Для Австріи положеніе Арндта защищаетъ Zölger, Oesterreichisches Verordnungsrecht, S. 99; напротивъ Ulbrich, Oesterreichisches Staatsrecht, S. 249: «absolutistisch ist wohl der von einzelnen Schriftstellern vertretene Ansicht, dass die Verordnungsgewalt praeter legem auf allen vom Gesetze nicht ersuchten Gebieten Rechtssätze aufstellen könne.»—Близко къ Арндту и Цӧльгеру Зейдель въ своемъ ученіи объ указанномъ правѣ въ Баваріи—Bayerisches Staatsrecht, B. III, S. 327.—Необходимость занонодательнаго порядка для созданія правовыхъ нормъ признана въ современномъ государственномъ правѣ и второстепенныхъ нѣмецкихъ государствахъ, напр. Göz, Das Staatsrecht des Königreiches Würtemberg, S. 211; Walz, Das Staatsrecht des Grossherzogtums Baden, S. 209 (практика расширила права палатъ, установленныя въ 65 ст. баденской конституціи).—Еще болѣе это, конечно, относится къ конституціямъ, не отличающимся, какъ обычно нѣмецкія, ограничительными тенденціями относительно народнаго представительства. Моргенштирнъ указываетъ, что конституціонная практика въ Норвегіи установила требованіе законодательной формы для ряда актовъ, которые по тексту конституціи могутъ быть издаваемы и внѣ законодательнаго порядка—Das Staatsrecht des Königreichs Norwegien, S. 120.—Ср. Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reichs, B. I, S. 593.

[2]) Даже въ Россіи, гдѣ область верховнаго управленія такъ широка. Никакимъ образомъ нельзя здѣсь ссылаться на 11 ст., гласящую объ изданіи Государемъ повелѣній, необходимыхъ для исполненія закона. Ср. Лазаревскій, Русское государственное право (изд. 3-е), т. I, с. 341. О границахъ указнаго права императора въ Японіи Sasaki, Gesetze und Verordnungen in Japan, Archiv für das öffentliche Recht, B. 29.

президента издавать règlements во всякомъ случаѣ не болѣе ограничено, чѣмъ обычно бываетъ право конституціоннаго монарха[1]).

Можно указать еще на то, что Локкъ называлъ федеративной властью—объявленіе войны, заключеніе международныхъ договоровъ и т. п. Обычно въ монархіяхъ компетенція главы государства здѣсь шире, чѣмъ въ республикѣ: монархъ объявляетъ войну, не испрашивая согласія палатъ, необходимаго въ республикахъ, онъ ратифицируетъ договоры и т. п. Что касается перваго, существуютъ все же монархіи, гдѣ объявленіе войны не принадлежитъ единолично монарху (по крайней мѣрѣ войны наступательной: въ Норвегіи здѣсь требуется согласіе стортинга, въ Германіи—союзнаго совѣта). Главное, впрочемъ, что эта гарантія, которой придавалось такое значеніе во французскомъ національномъ собраніи при выработкѣ конституціи 1791 г., далеко не имѣетъ подобной практической цѣнности. Формальное объявленіе войны, по крайней мѣрѣ до второй гаагской конференціи, не представляло, повидимому, правовой обязательности [2]); кромѣ того правительство при желаніи можетъ сдѣлать такъ, чтобы инициатива войны исходила отъ другой стороны. Требованіе согласія союзнаго совѣта нисколько не помѣшало императору Вильгельму вызвать общеевропейскую войну. Съ другой стороны и требованіе согласія палатъ, вписанное во французскую конституцію, не распространяется на репрессаліи, хотя онѣ оказываются настоящими войнами (достаточно вспомнить тонкинскую экспедицію). Объявленіе войны Австро-Венгріи тоже не прошло черезъ палаты, и французскій народъ не усмотрѣлъ здѣсь никакого правонарушенія со стороны министерства Вивіани [3]). Гарантіею дѣйствительной здѣсь остается, съ одной

[1]) Raiga, Le pouvoir réglementaire du président de la république, p. 64—85.

[2]) Sainte Croix, La déclaration de la guerre, p. 233. Cp. Pillet, Les lois de la guerre, p. 61; В. Грабарь, Объявленіе войны въ международномъ правѣ; Morris, Hostilities without declaration of war between 1800 and 1860; Hall, Treatise on international law, p. 383.

[3]) Это объявленіе, впрочемъ, вытекло изъ того, что войну Франціи объявила Германія и начала ее при содѣйствіи Австріи (отправленіе австрійскихъ войскъ въ Эльзасъ); дѣйствіе Франціи было простымъ актомъ самозащиты.

стороны, бюджетное право палатъ, съ другой—политическая отвѣтственность правительства. Что касается до заключенія международныхъ договоровъ, то принципъ верховенства закона здѣсь не нарушается и въ конституціонныхъ монархіяхъ: согласіе палатъ требуется всюду, гдѣ договоръ не можетъ быть исполненъ безъ измѣненій въ законодательствѣ и безъ послѣдствій для бюджета. Напротивъ того, изъ этого верховенства вовсе не вытекаетъ необходимость согласія палатъ при созданіи всякихъ договоровъ. Его не устанавливаетъ конституція третьей французской республики: важнѣйшіе политическіе договоры заключаются единолично президентомъ[1]). Въ Соединенныхъ Штатахъ требуется согласіе сената, но палата представителей съ самимъ договоромъ совсѣмъ не имѣетъ дѣла[2]).

Главная черта монархической власти, которая способна возбуждать сомнѣнія относительно соотвѣтствія ея принципу правового государства, это безотвѣтственность монарха. Сомнѣніе это покоится на смѣшеніи понятій. Какъ прекрасно выяснено въ работѣ А. С. Алексѣева, съ этимъ правовымъ принципомъ сталкивается не безотвѣтственность государственнаго органа, а безотвѣтственность акта государственной власти[3]). Въ англійскомъ конституціонномъ строѣ начало отвѣтственности правительства проведено съ величайшей послѣдовательностью, и однако оно явственно связано съ правиломъ: the king can do no wrong. Наоборотъ, полная безотвѣтственность правительственной власти во второй французской имперіи покрывалась оффиціально провозглашенной отвѣтственностью

---

[1]) С. **Котляревскій. Правовое государство и внѣшняя политика** с. 112.

[2]) Ib. с. 146, 150. Въ настоящее время можно лишь считать признаннымъ, что если осуществленіе договора требуетъ актовъ, связанныхъ съ участіемъ конгресса, если, напримѣръ, договоръ предполагаетъ законодательныя и бюджетныя перемѣны, послѣднія должны получить одобреніе и нижней палаты конгресса. Противоположный взглядъ, совершенно устраняющій нижнюю палату, былъ развитъ въ посланіи Вашингтона 1796 и одобренъ такими видными истолкователями американской конституціи, какъ Кентъ и Стори; онъ въ настоящее время можетъ считаться оставленнымъ.

[3]) Къ вопросу о юридической природѣ власти монарха въ конституціонномъ государствѣ, с. 106.

императора. Отъ актовъ исполнительной власти ничѣмъ не отличаются въ этомъ смыслѣ акты, принадлежащіе по терминологіи Б. Констана къ pouvoir neutre. Выдѣлять изъ нихъ область особой монархической прерогативы, которая осуществляется помимо участія и отвѣтственности министровъ, нѣтъ никакого основанія[1]). Вѣдь даже въ актахъ призыва къ власти новаго министерства необходима скрѣпа соотвѣтствующаго указа самимъ новымъ министерствомъ или старымъ. Требованіе отвѣтственности всѣхъ государственныхъ органовъ можетъ представлять даже извѣстную опасность распыленія этой отвѣтственности, которая дѣйствительна, лишь когда она сосредоточена—не говоря уже о томъ, что это требованіе въ его абсолютномъ видѣ практически неосуществимо: quis custodiet ipsos custodes? И, наконецъ, вообще большой вопросъ, что лучше обезпечиваетъ верховенство права: безотвѣтственный монархъ, окруженный реально отвѣтственными министрами, или отвѣтственный американскій президентъ[2]) съ его политически безотвѣтственными, реально обособленными отъ конгресса секретарями?

Едва ли есть надобность доказывать, что юридически права отдѣльныхъ гражданъ и общественныхъ группъ и союзовъ могутъ быть одинаково широки и одинаково прочно обезпечены при монархіи и при республикѣ. Въ обихъ отношеніяхъ монархическая Англія не стоитъ позади республиканской Франціи, а правовая обезпеченность гражданской свободы въ Бельгіи, несмотря даже на vote plural и на долгое господство католической партіи, не уступала порядку въ Швейцаріи. Необходимо лишь правовое самоограниченіе государственной власти, которое совмѣстимо съ различнымъ ея устройствомъ и одинаково плохо мирится съ абсолютизмомъ какъ единоличнымъ, такъ и многоличнымъ. А если въ формально-юридическомъ смыслѣ созданіе

---

[1]) Casanova, Diritto costituzionale, v. II, p. 38. И въ этомъ отношеніи между положеніемъ итальянскаго, тѣмъ болѣе англійскаго короля и французскаго президента нѣтъ никакой разницы.

[2]) Насколько эта отвѣтственность теоретична, насколько impeachment, введенный американской конституціей, есть тяжелое, малоподвижное орудіе, лучше всего показываютъ неудачныя попытки примѣненія его—особенно въ случаѣ съ Джонсономъ: Bryce, The american commonwealth, v. I, p. 81, 287.

законовъ, расширяющихъ сферу личной и общественной свободы и правовыя гарантіи ея, можетъ быть затруднительнѣе въ монархіи, чѣмъ въ республикѣ, ибо монархъ есть въ большей степени участникъ законодательной власти, то затруднительнѣе и ихъ отмѣна или замѣна другими законами противоположнаго характера.

Признаніе правоваго верховенства предполагаетъ лишь, что монархъ является органомъ государства, а не стоитъ надъ государствомъ. Съ этой стороны конструкція Зейделя, утверждающая за монархомъ качество субъекта государственной власти, есть полное отрицаніе правоваго государства[1]). Но съ послѣднимъ несовмѣстимъ и такъ называемый монархическій принципъ, какъ онъ выраженъ въ господствовавшей долгое время нѣмецкой доктринѣ и отражался въ конституціонныхъ текстахъ: монарху принадлежитъ вся полность государственной власти, и онъ связанъ участіемъ народнаго представительства лишь въ осуществленіи нѣкоторыхъ отдѣльныхъ своихъ полномочій [2]).

---

[1]) Bayerisches Staatsrecht, B. I, S. 70. Къ удивленію эту конструкцію воспроизвелъ Отто Майеръ въ Staatsrecht des Königreichs Sachsen, S. 13.

[2]) Это положеніе постоянно встрѣчается въ раннихъ конституціяхъ нѣмецкихъ государствъ, напримѣръ, въ баварской, I, § 1: «der König ist das Oberhaupt des Staates, vereinigt in sich alle Rechte der Staatsgewalt und übt sie unter den von ihm gegebenen in der Verfassungsurkunde festgestellten Bestimmungen aus». Ср. баденскую конституцію, I, § 5; виртембергскую, II, § 4; саксонскую, I, § 4. Такъ истолковывается это и въ литературѣ— Georg Meyer, Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes, S. 220. Ср. Stahl, Das monarchische Princip, S. 34: «das monarchische Princip, wie es hier gezeichnet worden... ist das Fundament deutsches Staatsrechtes und deutscher Staatsweisheit» Bornhack, Grundriss des deutschen Staatsrechtes, S. 17: «dann hat auch der Uebergang zum konstitutionellen System nicht geändert»; его же Preussisches Staatsrecht, B. I, S. 64 (слова Людовика XIV l'état c'est moi вѣрно выражаютъ монархическій принципъ). Въ глазахъ Борнгака, (Grundriss, S. 159) германскій императоръ, власть котораго, какъ она опредѣлена въ имперской конституціи, столь не сотвѣтствуетъ монархическому принципу, вообще не есть монархъ Это положеніе иначе обосновано у Лабанда въ Das Staatsrecht des deutschen Reiches (4 Aufl.), B. I, S. 195; о трудностяхъ юридической конструкціи власти императора—Binding, Die rechtliche Stellung des Kaisers im heutigen Deutschen Reich, S. 24: «leicht ist zu sagen, was der Kaiser nicht ist». Можно сопоставить съ нѣмецкими конституціями 1 и 4 статьи японской конституціи, опредѣляющія права

Отсюда презумпція—относить къ компетенціи монарха все то, что не относится по конституціонному тексту къ вѣдѣнію народнаго представительства,—презумція, сохранившаяся и въ прусской конституціи, гдѣ вообще монархическій принципъ не выраженъ explicite въ текстѣ[1]). Отсюда и эта столь характерная въ Германіи тенденція къ ограничительному истолкованію правъ народнаго представительства. Нѣмецкая литература часто противополагаетъ власть quo ad ius и quo ad exercitium: первая цѣликомъ принадлежитъ монарху, а вторая раздѣляется между различными государственными органами. Такимъ образомъ власть уподобляется собственности и понимается такъ, какъ это было бы возможно лишь въ государствѣ чисто патримоніальномъ. Здѣсь нѣмецкіе юристы сохраняютъ различіе, которое рѣшительно было отвергнуто англійской палатой общинъ въ 1689 г. при обсужденіи билля о правахъ, когда лорды, опираясь на авторитетъ Гроція, доказывали, что Іаковъ поте-

---

императора и династіи. О смыслѣ ихъ у Ito въ Commentaries on the Constitution of the Empire of Japan, p. 2 etc. По поводу монархическаго принципа вообще Brockhaus, Das Legitimitätsprincip, S. 66, 174; Kauffmann, Studien zur Staatslehre des monarchischen Princips; Meissner, Die Lehre von monarchischen Princip im Zeitalter der Restauration und des deutschen Bundes (исчерпывающая, можно сказать, монографія); А. С. Алексѣевъ, Къ вопросу о юридической природѣ власти монарха, с. 8; С. Котляревскій, Юридическія предпосылки русскихъ основныхъ законовъ, с. 172. Католическое обоснованіе монархическаго принципа у Möy de Sous, Grundlinien einer Philosophie des Rechtes, B. II, S. 164. Рѣже встрѣчаемъ мы въ нѣмецкой литературѣ пониманіе этого принципа, какъ политическаго, а не юридическаго—напр. у Smend, Die preussische Verfassungsurkunde im Vergleich mir der belgischen, S. 49. Можно сказать, что и критика монархическаго принципа у Роттека, Lehrbuch des Vernunftrechtes, S. 244—дана болѣе политическая, чѣмъ юридическая. Послѣднюю мы находимъ у Іеллинека въ Das Recht des modernen Staates (S. 661) и особенно въ его блестящемъ этюдѣ Der Kampf des alten mit dem neuen Rechte, S. 19: «mit der Formel vom König als Quelle und Inhalt aller Staatsgewalten ist eine wirklich wissenschaftliche Erklärung des Verfassungsstaates unmöglich». Ср. у Lucas, Die rechtliche Stellung des Parlaments, S. 68, 83; особенно о чрезвычайно искусственномъ истолкованіи конституціонныхъ текстовъ, къ которому должны прибѣгать сторонники этого принципа.

[1]) Bornhack, Preussisches Staatsrecht, B. I, S. 127; ср. Schwarz, Die Verfassungsurkunde für preussischen Staat, S. 128.

рялъ лишь осуществленіе власти, а не права ея[1]). Точно также съ принципомъ правоваго государства, исключающаго всякую патримоніальность, не совмѣстимо представленіе о «собственномъ правѣ» монарха, хотя бы въ томъ истолкованіи, которое ему дано у Бернацика; несовмѣстимо и утвержденіе самостоятельнаго династическаго права, независимаго отъ государственнаго устройства. Въ послѣднемъ случаѣ субъектомъ власти является царствующій родъ, а не отдѣльный монархъ—лишь временный ея держатель, и связанный этимъ особымъ династическимъ правомъ[2]); самый же законъ о престолонаслѣдіи приравнивается къ фамильному статуту[3]). Монархъ при всей исключительности своего положенія и широтѣ своихъ полномочій[4]) есть лишь органъ и получаетъ свою власть отъ единственнаго ея субъекта—государства. Ни одинъ органъ государства не

---

[1]) Hatscheck, Englische Verfassungsgeschichte, S. 386: «for whosoever takes from the king the exercise of government takes from the king the kingship».

[2]) Maurenbrecher, Die deutschen regierenden Fürste, S. 271 (чисто патримоніальный взглядъ); Rehm, Modernes Fürstenrechst, S. 24: «das regierende fürstende Haus besitzt noch ein vom Staate unabhängiges d. h durch ihn nicht entziehbares Rechst auf die Staatsgewalt». Ср. Heffter, Bei träge zum deutschen Staats- und Fürstenrecht, S. 58. Критика у Karl Lade-Staatsverfassung, Fürstenrecht und Hausvermögen, S. 113—114; Von Dungen, Grenzen des Fürstenrechtes, S. 141, ос. 156; Hauptmann, Modernes Fürstenrecht въ Archiv für das öffentliche Recht, B. 25, S. 397.

[3]) Arndt, Können Rechte der Agnaten auf die Thronfolge nur durch Staatsgesetz verändert werden. Оговорки у Laband, Der Streit über die Thronfolge im Fürstentum Lippe, S. 13.—Интересно по контрасту съ династическимъ правомъ и правомъ агнатовъ сопоставить ст. 18 нидерландской конституціи: лишь дѣти, рожденные отъ того брака короля или королевы, на который дали согласіе генеральные штаты, могутъ наслѣдовать престолъ. Русскіе законы о престолонаслѣдіи составляютъ часть основныхъ законовъ и измѣняются въ порядкѣ 8 ст., напротивъ «Учрежденіе Императорской Фамиліи» по ст. 25 лишь «сохраняетъ силу Основныхъ Законовъ» и «можетъ быть измѣняемо и дополняемо только Государемъ Императоромъ въ предуказанномъ имъ порядкѣ». Въ этой статьѣ есть сходство съ § 7 ст. 31 Учрежденія Государственной Думы: обоимъ присущъ нѣкоторый патримоніальный оттѣнокъ (о § 7, ст. 31—С. А. Котляревскій, Юридическія предпосылки, с. 111).

[4]) Даже неограниченный монархъ долженъ разсматриваться, какъ органъ государства, и власть имъ осуществляемая—какъ власть государства.

можетъ делегировать своей власти другому—ибо она есть не его собственность, а его компетенція[1]).

Если такимъ образомъ отказаться отъ патримоніальныхъ пережитковъ, сохранившихся особенно въ нѣмецкой литературѣ, какъ и въ текстахъ нѣмецкихъ конституцій, и видѣть въ монархѣ лишь органъ, осуществляющій государственную власть, то между монархіей и республикой вовсе не получится правовой принципіальной противоположности. И это не только теоретическій выводъ: онъ подтверждается эмпирически. Запросъ на сильную правительственную власть, который такъ характеренъ для новѣйшаго развитія государства, одинаково можетъ быть удовлетворенъ въ рамкахъ монархической и республиканской конституціи[2]). Самая конституціонная монархія представляетъ такія разновидности, какъ Пруссія и Японія съ одной стороны, Англія и Бельгія—съ другой. Коренныя перемѣны въ характерѣ монархической власти могутъ совершаться безъ того, чтобы измѣнилась буква конституціи[3]). Подобныя же существенныя разновидности находимъ мы и въ группѣ республикъ: достаточно сопоставить Соединенные Штаты, гдѣ конституція такъ заботливо охраняетъ самостоятельность президента отъ возможныхъ посягательствъ конгресса, и Швейцарія, гдѣ вообще нѣтъ президента—главы государства[4]). Понимаемый

---

[1]) Насколько въ нѣмецкой литературѣ вопросъ о юридическомъ положеніи монарха осложняется традиціонной идеологіей, можно видѣть у Geffken, Die Verfassung des deutschen Reiches (1901), S. 45: «des Kaisers Gewalt sei von keiner menschlichen Macht sondern allein von Gottes Gnade abhängig».

[2]) Относительно новѣйшихъ республикъ—Швейцаріи, Соединенныхъ Штатовъ и Франціи—это выяснено у Barthélemy, Le rôle du pouvoir exécutif dans les républiques modernes.

[3]) Чрезвычайно характерна въ этомъ смыслѣ исторія итальянской монархіи со сремени статута 1848. Gallini, Statuti del regno, p. 21—22 (это измѣненіе отчасти вызвано плебисцитомъ въ присоединяемыхъ къ Пьемонту областяхъ Италіи); p. 27 (объясненіе 5 ст.: это отчасти примѣнимо къ шведской и датской конституціямъ). По формулѣ, введенной закономъ 17 марта 1861, итальянскій король сталъ „per la volonta della Nazione“, оставшись въ то же время „per la grazia di Dio“. Palma, Corso di diritto costituzionale, v. II, p. 374.

[4]) Утвержденіе Линга, будто даже въ Швейцаріи президентъ является властителемъ государства, есть настоящее reductio ad absurdum его юриди-

въ широкомъ смыслѣ парламентарный строй, къ которому тяготѣетъ развитіе конституціоннаго государства, одинаково легко совмѣщается и съ монархической и съ республиканской формой. И абсолютизмъ Людовика XIV и абсолютизмъ революціоннаго конвента одинаково далеки отъ господства правъ. Преимущество той или другой формы правленія опредѣляется всей совокупностью историческихъ и бытовыхъ условій. Но эта сторона лежитъ за предѣлами нашей задачи[1]). Самъ по себѣ ростъ праваго чувства въ обществѣ и повышеніе правовыхъ требованій, предъявляемыхъ къ государственной власти, не благопріятствуетъ непремѣнно какой-нибудь изъ этихъ формъ. Здѣсь онѣ ἀδιάφορα.

Современное конституціонное государство есть государство представительное. Важнѣйшіе акты государственной власти— законы въ формальномъ смыслѣ слова—создаются въ немъ при участіи не самихъ членовъ государственнаго союза, а ихъ представителей. Послѣдніе пользуются автономіей: положительное конституціонное право единодушно отвергаетъ обязательность мандата: оно утверждаетъ, какъ утверждалъ еще въ XVI вѣкѣ Томасъ Смисъ и другіе англійскіе писатели, что всякій депутатъ долженъ представлять не только свой округъ, но и всю страну. Съ другой стороны современное публичное право вообще склоняется къ отрицанію делегаціи: по господствующему признанію палата получила свою власть не отъ избирателей, а исключительно отъ самаго государства и его конституціи.

Этотъ представительный строй имѣетъ ли полное правовое оправданіе? Что противопоставить сомнѣніямъ Руссо: какъ можетъ быть представляема воля? Какъ могъ я признать:

ческой конструкціи. Очевидно, и здѣсь притязаніе на особый реализмъ можетъ совмѣщаться съ совершеннымъ искаженіемъ реальности,—Empirische Untersuchungen, S. 230.

[1]) Сравнительная оцѣнка монархіи и республики не исчерпывается сопоставленіемъ ихъ правовыхъ качествъ; сюда входитъ и способность каждой ихъ этихъ формъ содѣйствовать соціальному прогрессу, и соотвѣтствіе ея интересамъ внѣшней безопасности, и т. п.

то чего захочетъ мой представитель,захочу и я? Тамъ,гдѣ законъ не принимается непосредственно всѣми гражданами, тамъ онъ уже не есть выраженіе общей воли, и слѣдовательно тамъ нѣтъ на лицо самаго условія правомѣрнаго повиновенія, какъ его понимаетъ Руссо. Если въ большихъ государствахъ непосредственное правленіе неосуществимо, тѣмъ хуже для нихъ: значитъ они не могутъ пользоваться дѣйствительной свободой, а лишь свободой à l'anglaise—разъ въ семь лѣтъ[1]). Національное собраніе разошлось здѣсь съ Руссо, и конституція 1791 допускаетъ исключительно осуществленіе народнаго суверенитета черезъ делегацію[2]), и если въ жирондистскомъ и якобинскомъ проектахъ конституціи 1793 г. мы находимъ возможность передачи законопроектовъ на рѣшеніе избирателей, а у жирондистовъ—даже нѣчто вродѣ народной инициативы[3]), то эти опыты не оказали вліянія на дальнѣйшую конституціонную исторію Франціи. Принципъ непосредственности осуществлялся въ ней черезъ плебисциты, при чемъ практика послѣднихъ могла скорѣе создать полное къ нему недовѣріе. Но мысль о сильныхъ сторонахъ непосредственной демократіи за XIX вѣкъ скорѣе укрѣпилась—и она нашла подтвержденіе въ рядѣ фактовъ новѣйшей политической эволюціи.

Мы имѣемъ прежде всего опытъ Швейцаріи; если непосредственное правленіе въ смыслѣ господства кантональныхъ сходовъ здѣсь является простымъ пережиткомъ[4]), то референдумъ и народная инициатива вполнѣ привились на швейцарской почвѣ, и никакая партія или политическое направленіе не думаетъ объ ихъ уничтоженіи. Обнаруживается напротивъ тенденція къ болѣе категорическому, такъ сказать, выраженію непосредственности—народное veto уступаетъ мѣсто факультативному референдуму, далѣе появляется референдумъ обяза-

---

[1]) Contrat social, II, 1; III, 15.

[2]) Titre III art. 2: «la Nation de qui seule émanent tous les pouvoirs ne peut les exercer que par délégation». Менѣе категорично въ деклараціи правъ, ст. 6: «la loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personellement ou par leurs representants à sa formation».

[3]) Const. 24 juin, 1793, art. 59, 60; 115; Const. gir. Titre III, Sec. II, 2.

[4]) Ryffel, Die schweizerischen Landesgemeinden—о юридической природѣ Landesgemeinden, S. 204.

тельный, наконецъ народная иниціатива. И если эти инсти туты рѣдко возбуждаютъ энтузіазмъ[1])—гдѣ, впрочемъ, найти въ нашъ вѣкъ политическаго скепсиса учрежденія, способныя его подымать—то общая оцѣнка ихъ въ Швейцаріи безусловно положительная[2]). Не менѣе поучительно развитіе референдума въ штатахъ Сѣверной Америки, гдѣ на пользу непосредственной демократіи пошло растущее недовѣріе къ политиканству и даже сомнѣніе въ добросовѣстности представительныхъ собраній[3]), а также въ штатахъ и союзѣ Австраліи[4]). Явственныя къ нему симпатіи подымаются въ государствахъ, которыя по своей политической структурѣ казались ему совершенно чужды—въ Бельгіи въ эпоху пересмотра конституціи, когда предполагалось замѣнить референдумомъ королевское veto[5]), въ Англіи,

---

[1]) Примѣры такого энтузіазма даетъ Курти; см. его статью: Der Weltgang zum Referendum. Ursprung, Untergang und Wiedergeburt der germanischen Volksfreiheit—въ Archiv für das öffentliche Recht, B. 28. Cp. его брошюру: Die Resultaten des schweizerischen Referendums (2 Auf. 1911), S. 70.

[2]) Одиноко стоитъ въ литературѣ отзывъ о результатахъ швейцарской непосредственной демократіи у Синьореля (Signorel), Etudes de législation comparée sur le réferendum législatif, p. 401: «en résumé, et c'est là une dernière conclusion, avec la législation directe la Suisse n'a réalisé aucun progrès réellement sérieux; le referendum facultatif a parfois empêché de construire. Avec le système de la representation elle aurait pu obtenir tout autant avec cette différence, que dans aucun cas les citoyens n'auraient été réunis dans leurs comices». Едва ли это заключеніе оправдывается матеріаломъ, который приведенъ у автора.

[3]) Обширный матеріалъ историческій и современный у Lobinger, The people's law or popular participation in law-making, oc. p. 338 etc. (Recapitulations and results). Здѣсь дополнены свѣдѣнія, данныя у Oberholtzer, The referendum in America. Cp. Woodrow Wilson, The new freedom, p. 223. О непосредственной демократіи въ штатахъ у Dealey, Our state constitutions, p. 7, 50 etc.

[4]) Quick and Garran, The annotated constitution of the australian commonwealth, p. 221 etc., p. 986, 992. Нельзя, однако, сказать чтобы въ англійскихъ автономныхъ колоніяхъ вообще было сильное тяготѣніе къ непосредственной демократіи. Keith, Responsible government in the dominions, v I p. 370.

[5]) Signorel, Etudes sur le referendum législatif, p. 212; Fuld, Die versuchte Einführung des Referendums in Belgien въ Archiv für das öffentliche Recht 1893, S. 558.

гдѣ консерваторы давно готовы его противопоставить растущимъ притязаніямъ палаты общинъ[1]). Наконецъ рѣшительно пріобрѣтаетъ популярность отвергаемый конституціонными текстами и государственно-правовыми теоріями обязательный мандатъ. Извѣстно, что во Франціи былъ рядъ проектовъ установить его въ такомъ видѣ, чтобы онъ приближался къ настоящему договору между избирателями и депутатомъ, и чтобы нарушеніе его влекло для депутатовъ утрату полномочій— при чемъ все должно было санкціонироваться возможностью для избирателей обращенія къ суду[2]). При такомъ обязательномъ мандатѣ уже дается переходъ къ непосредственному строю.

Еще важнѣе отступленія новѣйшей политической жизни отъ классическихъ положеній конституціоннаго права среди самого представительнаго строя. Смыслъ этихъ отступленій сводится къ тому, что центръ тяжести передвигается отъ представителей къ избирателямъ. При этихъ условіяхъ выборы становятся замаскированнымъ референдумомъ. Такимъ референдумомъ были французскіе выборы 1902 г. по вопросу о конкордатѣ и отдѣленіи церкви и государства, англійскіе выборы 1906 г.—о протекціонизмѣ и свободной торговлѣ, германскіе выборы 1907 г.—о колоніальной политикѣ[3]). Не получивъ предварительнаго одобренія избирателей, палаты не рѣшаются приступать къ крупнымъ реформамъ—образуется даже чувство, если и не получившее опредѣленной юридическій формулировки, что дѣйствуя такъ парламентъ превышаетъ свои полномочія. Извѣстно, какъ въ этомъ смыслѣ возражали во Франціи противъ

---

[1]) Напримѣръ, у Lecky, Democracy and Liberty, v. I, p. 242. Ср. Dickinson, The development of Parliament during the nineteenth century, p. 172. Mc Kechnie, The reforme of the House of Lords, p. 78.

[2]) Dandurand, Le mandat impératif, p. 140 etc., В. М. Устиновъ, Проблемы народнаго представительства, т. I, с. V: авторъ стремится пересмотрѣть установленныя воззрѣнія конституціоннаго права на природу представительства,—воззрѣнія, которыя уже не соотвѣтствуютъ современнымъ условіямъ политической демократіи.

[3]) Самый роспускъ палатъ является въ парламентарномъ строѣ апелляціей отъ представителей къ непосредственной массѣ политически полноправныхъ гражданъ. Такое пониманіе роспуска присуще, хотя въ гораздо менѣе отчетливой формѣ, и дуалистическому строю. Напр. у Ito, Commentaries on the constitution of the Empire of Japan. p. 14.

принятія закона 1913 г. о трехлѣтней военной службѣ почти наканунѣ общихъ выборовъ. А этотъ ростъ авторитета избирателей есть отраженіе еще болѣе общаго факта—развитія политическаго пониманія и интереса среди массъ, вліянія всякаго рода общественныхъ организацій, не имѣющихъ никакого оффиціальнаго участія въ государственной власти, на дѣятельность этой власти. Нельзя отрицать растущаго въ передовыхъ демократіяхъ стремленія ограничить традиціонное привилегированное, такъ сказать, положеніе парламента [1]).

Таковы объективные факты и психологическія ихъ истолкованія, съ которыми намъ приходится считаться, когда мы разсматриваемъ воплощеніе правоваго государства въ современномъ намъ историческомъ матеріалѣ. Несомнѣнно, Руссо былъ неправъ въ самой постановкѣ вопроса: отношеніе представителя къ избирателю вовсе не предполагаетъ мистическаго единенія воль. Оно предполагаетъ лишь извѣстную солидарность, которая должна обезпечиваться самимъ фактомъ выбора, а также его обстановкой, съ ея особыми гарантіями. Особая интимность здѣсь вовсе не требуется. Руссо въ этой критикѣ представительнаго строя плѣненъ своимъ призракомъ общей воли, въ которой сливаются до полнаго растворенія воли отдѣльныхъ людей, и которая овеществлена въ законѣ. Но онъ самъ склоненъ признать, что подобная общая воля требуетъ простоты и элементарности быта. И если ее можно было найти въ Швейцаріи XVIII вѣка, то отъ нея чрезвычайно далеко отстоитъ современное европейское государство[2]).

Въ представительномъ строѣ избиратель осуществляетъ опредѣленную функцію, которую на него возлагаетъ государственный порядокъ, выраженный въ конституціи. Но съ точки зрѣнія правоваго государства невозможно ему приписывать только функцію и упускать изъ виду присущее право. Соотвѣтственный взглядъ Лабанда, который отрицалъ этотъ элементъ

---

[1]) Слова Накэ въ 1875 по поводу проекта о введеніи обязательнаго мандата: «nous voulons, que les mandataires ne cessent pas d'être les mandataires pour devenir les dictateurs; nous voulons, que celui, qui est chargé de representer le peuple ne puisse pas substituer sa volonté à la volonté nationale»—приведено у В. М. Устинова, с. XXXVIII.

[2]) Contrat social, II, 10.

права и усматривалъ здѣсь исключительно рефлексъ объективнаго правопорядка, не только одностороненъ; онъ искажаетъ самый смыслъ представительнаго правленія. Если его принять, то и выборность представителей потеряетъ всякій правовый смыслъ и останется вопросомъ техники и цѣлесообразности. Ясно между тѣмъ, что въ представительствѣ выборность есть основное условіе, и что такія верхнія палаты, какъ палата наслѣдственныхъ лордовъ или пожизненно назначенныхъ итальянскихъ сенаторовъ, этого представительнаго характера не имѣютъ. Вообще стремленіе въ новой юридической литературѣ къ чистому объективизму, отрицаніе или умаленіе субъективнаго права сказывается и въ данномъ вопросѣ, но при этомъ разрѣшеніе его въ соотвѣтствіи съ духомъ правоваго государства становится безнадежно труднымъ. Лишь признаніе субъективнаго публичнаго права вноситъ простоту и ясность. Представитель получаетъ правомочія отъ конституціи, избиратель выполняетъ функцію, но выполнять ее онъ имѣетъ право, и это послѣднее обезпечивается судебной или судебно-административной защитой[1]). Соблюденіе указаннаго права является однимъ изъ условій, обезпечивающихъ за парламентомъ способность авторитетно выражать общественное мнѣніе,—условій, которыя не суть только требованія политическаго благоразумія и морали, а подлинныя conditiones iuris, и внѣ ихъ у парламента нѣтъ правомѣрной дѣятельности. Солидарность избирателя и представителя есть какъ бы внѣшняя форма, въ которую облекается требованіе болѣе глубокой и принципіальной солидарности гражданина и закона. Чѣмъ живѣе проявляется послѣдняя солидарность, чѣмъ менѣе на законъ смотрятъ какъ на внѣшнюю силу, тѣмъ болѣе онъ получаетъ правовое обоснованіе.

Съ этой точки зрѣнія при извѣстныхъ соціально-психологиче-

---

[1]) Элементъ права мало уживается съ началомъ обязательности вотума, и послѣднее можетъ имѣть лишь политическое (тоже весьма сомнительное), но никакъ не юридическое оправданіе. Идея обязательнаго вотума, чуждаго огромному большинству современныхъ конституціонныхъ государствъ, встрѣчаетъ и у современныхъ государствовѣдовъ въ общемъ отрицательную оцѣнку—Triepel, Wahlrecht und Wahlpflicht; Spira, Die Wahlpflicht u.s.w. Въ защиту обязательнаго вотума — Zimmermann въ Annalen des deutschen Reiches 1901, S. 81.

скихъ состояніяхъ наличной среды институты непосредственной демократіи могутъ въ большей степени отвѣчать началамъ правоваго государства, чѣмъ послѣдовательно проведенный въ его классическихъ очертаніяхъ представительный строй. Мы имѣемъ въ виду обстановку, въ которой у массы избирателей рождается сознаніе, что этотъ строй не способенъ обезпечить указанное качество законовъ, а между тѣмъ оно связано съ самимъ присущимъ закону верховенствомъ: въ высшемъ актѣ государственной власти должны кристаллизоваться стремленія и чувства совокупности полноправныхъ гражданъ, а не только коллегіи политическихъ экспертовъ. Особенное значеніе это имѣетъ для такихъ законовъ, которые возлагаютъ извѣстныя новыя обязательства и тяготы на населеніе—въ видѣ значительнаго увеличенія налоговаго бремени, военной службы. Оторванность парламента отъ страны можетъ стать очевиднымъ фактомъ, который переживается, какъ нѣчто неправомѣрное, нарушающее права, а не только интересы гражданъ[1]). Въ этомъ случаѣ введеніе институтовъ непосредственной демократіи можетъ быть однимъ изъ средствъ обезпечить правовое верховенство[2]). Однимъ изъ средствъ—ибо возможно себѣ представить и другія: болѣе короткіе сроки парламентскихъ легислатуръ, болѣе частые роспуски, реформу избирательнаго права и т. п. Референдумъ и народная инициатива не суть единственныя формы болѣе актив-

---

[1]) Это чувство ярко обнаружилось въ Англіи XVIII вѣка въ дѣлѣ Уилькса: палата общинъ какъ бы превратилась въ безотвѣтственную, самовластную олигархію. Но тогда не сомнѣвались, что реформа выполнима въ рамкахъ представительнаго строя, и думали только объ измѣненіи избирательнаго закона. Lecky, History of England in the eighteenth century, v. III, p. 70 etc; p. 128 etc. О значеніи дѣла Уилькса у Redlich, Geist und Technik des englischen Parlamentarismus, S. 628.

[2]) Могутъ возразить, что здѣсь вопросъ переносится съ почвы объективнаго правопорядка на почву субъективныхъ его переживаній. Но вовсе не нужно быть сторонникомъ психологической теоріи, чтобы признавать существенную роль этихъ переживаній. Одна и та же норма можетъ сознаваться въ различные періоды какъ цѣнное право или какъ тяжелая обязанность. Въ трудности вскрыть указанные психологическіе эквиваленты лежитъ и трудность такихъ, напримѣръ, вопросовъ, какъ вопросъ объ отношеніи населенія московскаго государства XVII вѣка къ земскимъ соборамъ: сознавалось ли участіе въ послѣднихъ какъ цѣнное право или какъ новое тягло.

наго вліянія на законодательство; оно достигается и развитіемъ внѣ-парламентскихъ общественныхъ организацій, представляющихъ различные интересы и т. п. Но во всякомъ случаѣ переходъ къ институтамъ непосредственной демократіи здѣсь имѣетъ правовое обоснованіе.

Само собой разумѣется, преимущества этой послѣдней— количественнаго, не качественнаго характера: она можетъ разрѣшать проблему лучше, но разрѣшать ее, выражаясь математическимъ языкомъ, все же лишь съ весьма большимъ приближеніемъ. Не разъ высказывалось справедливое сожалѣніе о судьбѣ избирателя, который остался въ меньшинствѣ и голосъ котораго какъ бы потерянъ. Но возведеніе избирателя въ рангъ непосредственнаго участника законодательной власти отнюдь не избавляетъ его отъ этой опасности. И при референдумѣ существуетъ большинство и меньшинство, и здѣсь общая воля Руссо остается химерой или если угодно мечтой, не осуществимой на грѣшной землѣ съ ея личнымъ и классовымъ эгоизмомъ, съ ея страстями и ненавистями [1]).

Государство можетъ обладать конституціей гибкой, подобно Англіи и Венгріи, гдѣ формально конституціонные законы не отличаются отъ обычныхъ,—и малоподвижной, гдѣ ихъ созданіе и пересмотръ требуетъ особеннаго болѣе или менѣе осложненнаго порядка [2]). Послѣдній какъ будто выражается въ самыхъ эпитетахъ—«основной» законъ, «конституціонный» законъ, «учредительная власть и т. п. [3]). Нельзя

---

[1]) С. Котляревскій, Конституціонное государство, с. 43; П. И. Новгородцевъ, Кризисъ современнаго правосознанія, с. 184.

[2]) Характеристика этихъ двухъ типовъ дана у Брайса въ его замѣчательномъ этюдѣ «Flexible and rigid constitutions», помѣщенномъ въ сборникѣ Studies in history and jurisprudence, v. I, p. 145. И здѣсь въ глазахъ Брайса подтверждается сходство, на которомъ онъ такъ настаиваетъ—сходство въ правовомъ развитіи Англіи и Рима. Ср. ib. Roman and english law, v. I, p. 85; Method of law-making in Rome and in England, v. II, p. 247.

[3]) Saint-Giron, Manuel de droit constitutionnel, p. 64: il est impossible de ne pas admettre, que le pouvoir constituant est d'une nature plus élevée que le pouvoir légilsatif et n'a pas d'ordre à recevoir de ce dernier. Ср.

сказать, что въ смыслѣ болѣе или менѣе полнаго воплощенія правового государства эта подвижность или неподвижность были безразличны. Правовому принципу, вообще говоря, болѣе отвѣчаетъ признаніе особой авторитетности за конституціонными законами. Они являются высшимъ выраженіемъ государственной власти, отъ нихъ получаютъ полномочія и законодательныя учрежденія, въ рамкахъ ихъ протекаетъ законодательная жизнь страны. Можно сказать, что имъ въ высшей степени присущъ признакъ общности, отличающій законы вообще. Есть аналогія между отношеніемъ конституціоннаго (въ матеріальномъ смыслѣ) закона къ обычному и отношеніемъ закона обычнаго къ акту управленія.

Съ этимъ не согласуется полная гибкость конституціи, полная возможность для даннаго состава парламента измѣнить простымъ закономъ основы государственнаго устройства, не согласуется, напримѣръ, Septennial Act 1716 г., когда англійская палата общинъ, избранная на трехлѣтній срокъ, провела билль о продолженіи его до семи лѣтъ. Но надо сознаться, традиціонная гибкость англійской конституціи, еще болѣе оттѣненная эфемерными попытками XVII вѣка раздѣлить учредительную власть и власть текущаго законодательства—эта гибкость должна быть утверждаема съ извѣстными оговорками. Въ настоящее время никакая конституціонная перемѣна въ Англіи не была бы возможна, если бы за нее косвенно на общихъ выборахъ не высказались избиратели—хотя и не очень категорично, какъ то имѣло мѣсто на послѣднихъ выборахъ относительно реформы палаты лордовъ[1]). Здѣсь можетъ быть еще нельзя искать исключительной особенности конституціонныхъ законовъ; санкція избирателей требовалась бы и для всякой вообще крупной законодательной перемѣны въ области торговой и таможенной политики, для новыхъ путей соціальнаго законодательства, новыхъ отношеній между государствомъ и High Church и т. п.. Создается какъ бы представленіе, что не всѣ законы въ матеріальномъ смыслѣ слова обладаютъ

слова Ройе Коллара о хартіи 1814: «par la hauteur de son origine, la charte est dans le cours ordinaire des choses au dessus de l'atteinte des pouvoirs qui sont son ouvrage».—Arnoult, De la revision des constitutions, p. 122.

[1]) Lowell, The Government of England, v. I, p. 4.

равнымъ значеніемъ, и что этому матеріальному различію должно соотвѣтствовать и нѣкоторое различіе формальной процедуры. Но главная оговорка лежитъ въ другомъ. Суверенитетъ парламента (king in parliament) обычно ограничивался весьма бережнымъ его примѣненіемъ: юридическая незащищенность конституціонныхъ нормъ возмѣщается моральнымъ ихъ авторитетомъ для самого парламента. Какъ долго палата общинъ, уже избранная на основаніи демократическаго закона, останавливалась передъ реформой палаты лордовъ. Нѣчто подобное и въ Венгріи: отнюдь не видно въ ея конституціонной исторіи торопливаго стремленья со стороны палатъ сломить исторически сложившіяся формы государственнаго устройства. Реформа стола магнатовъ, проведенная гр. Тиссой, явилась лишь результатомъ обнаружившейся невозможности секуляризировать венгерское семейное право при старомъ составѣ этого стола и признанной въ глазахъ и короны и нижней палаты неотложности подобной секуляризаціи. Характерно, что гибкія конституціи обычно въ наибольшей мѣрѣ проникнуты историзмомъ, составляютъ какъ бы часть общественнаго быта и въ концѣ концовъ вовсе не обнаруживаютъ тенденціи къ быстрому измѣненію; укладъ политической жизни при нихъ отличается своеобразнымъ консерватизмомъ. Но поскольку мы говоримъ о самомъ принципѣ формальнаго тождества основныхъ и обычныхъ законовъ, едва ли онъ оправдывается съ точки зрѣнія правового государства.

То же самое однако слѣдуетъ сказать и о конституціяхъ столь малоподвижныхъ, что легальный пересмотръ ихъ на долго исключается. Наиболѣе яркіе образцы даютъ здѣсь французскія конституціи революціонной эпохи, такъ тщательно забронированныя отъ непостоянства законодательныхъ собраній и въ то же время столь безсильныя передъ разрушающей силой фактовъ. Подобное закрѣпленіе, помимо своей политической нецѣлесообразности, не имѣетъ правового обоснованія; при немъ можетъ получиться почти неустранимый легальнымъ путемъ разладъ наличнаго порядка съ общественнымъ и народнымъ правосознаніемъ. Измѣненій въ послѣднемъ не можетъ предупредить никакая провозглашенная неизмѣнность законодательныхъ и конституціонныхъ нормъ. Если француз-

скій законъ 14 августа 1884 г. воспрещаетъ подымать вопросъ о перемѣнѣ республиканской формы правленія, онъ оказался бы безсильнымъ, разъ общественное правосознаніе Франціи повернуло бы въ сторону монархизма [1]). Главное же, что никакая современная конституція не можетъ считаться, подобно греческой политіи, неразрывно связанной съ самымъ существованіемъ государства [2]); единство его во времени не нарушается даже такими переворотами, какъ великая французская революція.

Отсюда явствуетъ, что съ принципомъ правоваго государства въ наибольшей степени гармонируютъ конституціи не абсолютно гибкія, но и не слишкомъ малоподвижныя. Въ какихъ предѣлахъ колеблется этотъ средній типъ, сказать, конечно, трудно: подвижность конституцій имѣетъ слишкомъ много степеней. Французская конституція 1875, которая для пересмотра конституціонныхъ статей требуютъ кромѣ обычнаго прохожденія черезъ палаты лишь согласія національнаго собранія, составленнаго изъ этой же палаты депутатовъ и сената; прусская конституція, которая довольствуется двухкратнымъ прохожденіемъ черезъ палаты въ промежутокъ не менѣе трехъ недѣль—почти гибкія. Пересмотръ конституціи Соединенныхъ Штатовъ, напротивъ, сопряженъ съ исключительными трудностями; онъ не осуществимъ, если $^1/_4$ штатовъ+1—хотя бы самыхъ малыхъ — высказались противъ

---

[1]) Въ этомъ смыслѣ напрасны опасенія Арну, который напоминаетъ, что réviser не значитъ détruire и что даже полный пересмотръ долженъ остановиться передъ формой правленія. Почему? Тогда правъ Буркгардтъ, вообще признающій учредительную функцію за метаюридическую—Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, S. 5.—Другое дѣло, что французское національное собраніе по смыслу ст. 8 конституціоннаго закона 25 февраля 1875 не есть полновластное, и связано при пересмотрѣ тѣми предѣлами, которыя установили палата депутатовъ и сенатъ. Ср. Borgeaud, Etablissement et revision des constitutions, p. 303.

[2]) Ср. Herrnritt, Die Staatsform als Gegenstand der Verfassungsgesetzgebung und Verfassungsänderung; Wiener Staatswissenschaftliche Studien, B. III, H. 3, S. 26: конституція есть только форма проявленія государственной личности; суверенное государство вполнѣ свободно мѣнять свою конституцію—«es giebt keine Schranken für die Verfassungsänderungen, weil es keine Schranken für die Rechtsbildung im Staate überhaupt giebt».

него [1]). Истина,—какъ это столь часто бываетъ,—и здѣсь вѣроятно лежитъ по серединѣ: опредѣлить ее точнѣе можетъ лишь политическая и правовая интуиція законодателя и государственнаго дѣятеля [2]).

Юридическій анализъ федеративнаго устройства, вообще говоря, принадлежитъ не только къ наиболѣе труднымъ, но и наименѣе благодарнымъ отдѣламъ государственнаго права. Нигдѣ, быть можетъ, не сказывается до такой степени вся роковая искусственность юридическихъ опредѣленій, вся непреодолимая трудность дать юридически точное выраженіе тѣмъ оттѣнкамъ, уклонамъ и своеобразіямъ, которые отличаютъ реальную жизнь политическихъ организацій. Классическая теорія союзнаго государства основана на томъ, что существуетъ опредѣленный юридическій критерій, позволяющій различать несамостоятельное государство и автономную провинцію,—критерій наличности или отсутствія собственнаго права. И вотъ оказывается, что автономныя провинціи, подобныя Канадѣ и Австраліи, хотя не имѣютъ «собственнаго права», обладаютъ неизмѣримо болѣе широкой самостоятельностью даже въ области созданія новыхъ правовыхъ нормъ, чѣмъ

---

[1]) Такъ какъ основной законъ есть законъ par excellence, а формальный критерій закона лежитъ въ участіи народнаго представительства, то созданіе и пересмотръ основного закона какъ бы предполагаетъ болѣе категорическое выраженіе воли или мнѣнія этого представительства. Данное условіе отсутствуетъ въ порядкѣ, указанномъ 8 ст. нашихъ основныхъ законовъ; ихъ пересмотръ отличается отъ пересмотра обычныхъ лишь тѣмъ, что иниціатива принадлежитъ исключительно Государю. — Ср. С. Котляревскій, Юридическія предпосылки, с. 50. Напротивъ того, японская конституція въ ст. 93 для пересмотра конституціонныхъ законовъ требуетъ и инициативы императора и квалифицированнаго большинства въ палатахъ. О смыслѣ этого порядка Ito, Commentaries on the constitution of the Empire of Japan, p. 154. Поскольку правовому государству отвѣчаетъ вообще расширеніе участія всѣхъ полноправныхъ членовъ государственнаго союза въ его жизни, ему отвѣчаетъ и требованіе роспуска и новыхъ выборовъ при пересмотрѣ конституціи; здѣсь получается косвенный конституціонный референдумъ, и признаніе его мы находимъ во многихъ конституціяхъ — Бельгіи, Нидерландахъ, Даніи, Швеціи, Норвегіи и пр.

[2]) С. А. Котляревскій, Конституціонное государство, с. 55.

такія несуверенныя государства, какъ Нью Джерси въ Соединенныхъ Штатахъ, Саксонія и Браунштейгъ въ Германіи. Получается какое-то явное несоотвѣтствіе, и мимо него не могутъ равнодушно проходить юристы, не признающіе абсолютнаго дуализма нормы и факта. Но если даже отвлеченно согласиться съ точкой зрѣнія Кельсена, то для государствовѣда становится все менѣе возможнымъ ее отстаивать именно въ занимающей насъ области.

Теорія союзнаго государства сложилась подъ вліяніемъ двухъ политическихъ событій: конфликта между союзомъ и штатами въ Америкѣ, соотвѣтствующаго двумъ пониманіямъ американской конституціи 1787, и образованіемъ сѣверо-германскаго союза, превратившагося въ германскую имперію. Главное вниманіе направлено было первоначально къ тому, чтобы найти признаки юридическаго различія между союзнымъ государствомъ и союзомъ государствъ. Эти признаки были весьма спорные, напримѣръ, наличность права сецессіи—такъ имъ вовсе не обладали члены германскаго союза, образованнаго на вѣнскомъ конгрессѣ [1])—или достаточно неопредѣленные, какъ государственно-правовой или международно-правовой характеръ соединенія: при попыткахъ болѣе точно анализировать этотъ характеръ часто получется circulus vitiosus. Вѣдь сказать, что союзное государство есть государство, или, что входящія въ него государства не относятся другъ къ другу, какъ независимые члены въ международномъ оборотѣ, это—сказать одно и то же. Практически, однако, разъ союзъ государствъ (Staatenbund) уже является формой пережитой, гораздо важнѣе оказывалось разграниченіе государства унитарнаго и федеративнаго. Трудность этого разграниченія вполнѣ объясняетъ наличность теорій, подобныхъ теоріи Бореля, гдѣ, въ сущности говоря, федеративное государство не отличается отъ децентрализованно-унитарнаго [2]). Наконецъ появляются многочисленныя обра-

---

[1]) Schluss Acte 1820, art. 5: der Bund ist als ein unauflöslicher Verein gegründet, und es kann daher der Austritt aus diesem Vereine keinem Mitgliede desselben frei stehen.—Die deutschen Verfassungsgesetze, herausg. von Zachariä, S. 18. И въ die deutsches Bundes Acte 1815 говорится: diese souveränen Fürsten und freie Städte Deutschlands sind übereingekommen... sich zu einem beständigen Bunde zu vereinigen—ib., S. 3.

[2]) Etude sur la souveraineté et l'état fédératif, p. 194.

зованія, которыя вообще не укладываются въ старыя рубрики и вынуждаютъ создавать такое понятіе, какъ «Staatsfragmente» у Іеллинека,—нѣчто среднее между государствомъ и самоуправляющейся областью,—появляются своеобразныя автономіи; одновременно замѣчается движеніе въ сторону централизаціи въ федеративныхъ странахъ и децентрализаціи—въ унитарныхъ.

Всѣ эти новые факты глубоко интересны и для политика и для государствовѣда. Но въ предѣлахъ поставленной задачи имѣетъ особое значеніе контрастъ двоякого рода государствъ: такихъ, гдѣ центральная власть обладаетъ свободой мѣнять по своему усмотрѣнію организацію отдѣльныхъ частей страны, и такихъ, гдѣ она въ этомъ смыслѣ связана обязательнымъ участіемъ тѣхъ или иныхъ органовъ, представляющихъ указанныя части [1]). Это различіе не вполнѣ соотвѣтствуетъ различію федеративныхъ и унитарныхъ государствъ, какъ оно обычно проводится [2]). Хорватія, напримѣръ, обычно признавалась лишь автономной провинціей, а Венгрія—унитарнымъ государствомъ, хотя по соглашенію 1868 г. установленное въ этомъ актѣ взаимоотношеніе Венгріи и Хорватіи не можетъ быть измѣняемо безъ согласія загребскаго сейма [3]). Все

---

[1]) Ср. Duguit, L'Etat, v. II, p. 757—8.

[2]) Ср. у Michoud, La théorie de la personnalité morale, v. I, p. 239: le pouvoir qui domine l'Etat non souverain est juridiquement limité: il ne peut détruire entièrement les droits de puissance publique qui appartiennent à cet Etat que par la force brutale. Au contraire le pouvoir qui domine la commune ou la province peut sans violer le droit, diminuer ou même supprimer les droits de puissance qui appartiennent à ces personnes.

[3]) Gesetzartikel XXX, 1868, § 70: «ingleich wird bestimmt, dass dieses Uebereinkommen keinen Gegenstand der besonderen Gesetzgebung bilden kann, und dass eineAbänderung nur auf dieselbe Weise erfolgen kann, wie es zu Stande gekommen ist, unter Zustimmung aller jener Factoren, welche es beschlussen haben». Steinbach, Die ungarischen Verfassungsgesetze, S. 119.— Автономія Хорватіи, теоретически говоря, весьма широка, но съ этой теоріей существенно разошлась ея практика. Совершенно естественны разногласія между венгерскими и хорватскими юристами и государствовѣдами въ оцѣнкѣ отношенія Венгріи и Кроаціи. Можно, напримѣръ, сравнить статью Nagy von Eöttereny въ Jahrbuch für das öffentliche Recht, B. III, S. 396 и Pliverić, Beiträge zum ungarisch-kroatischen Bundesrechte, S. 290 u.s.w. Ср его брошюру: Das rechtliche Verhältniss Kroatiens zu Ungarn, полемику противъ взглядовъ Іеллинека, высказанныхъ о Кроаціи въ Die Lehre von den Staatenverbindungen.

же представляется наиболѣе цѣлесообразнымъ сопоставлять эти двѣ группы, разсматривая ихъ подъ угломъ зрѣнія осуществленія началъ правового государства.

Если считать, что всякая правовая связанность государственной власти приближаетъ послѣднюю къ такому осуществленію, то можно было бы думать, что федеративныя организаціи обладаетъ въ этомъ смыслѣ абсолютными преимуществами передъ унитарными. Но подобная предпосылка приводитъ къ совершенно непріемлемымъ выводамъ. Неужели Болгарія была ближе къ идеалу правового государства до 1908 г., когда она признавалась за вассальное княжество подъ турецкимъ сюзеренитетомъ, чѣмъ послѣ, сдѣлавшись независимой? Неужели связанность, которая создается для государственной власти въ результатѣ тяжкаго пораженія, которая заставляетъ отказываться отъ извѣстныхъ вполнѣ нормальныхъ актовъ властвованія, заставляетъ соглашаться на servitus in non faciendo и даже in patiendo, — представляетъ признакъ болѣе полнаго воплощенія правового государства? Очевидно, не всякая связанность имѣетъ такую цѣну. Если мы возьмемъ обычныя категоріи сувереннаго и не-сувереннаго государства, оставивъ въ сторонѣ возраженія, которыя вызываетъ самое понятіе суверенитета, для насъ будетъ ясно, что не-суверенное государство никакими правовыми преимуществами не обладаетъ. Подчиненіе стоящей выше власти и подчиненіе праву суть совершенно разноцѣнныя проявленія жизни государства. Нельзя ссылаться здѣсь на поправки къ американской конституціи 1787 г., которыя предупреждаютъ со стороны штатовъ нарушенія правъ гражданъ; эти поправки связываютъ и конгрессъ, и ихъ обязательность санкціонируется верховнымъ судомъ. Мыслимы, конечно, случаи, когда суверенитетъ государства ограничивается международнымъ актомъ въ направленіи, соотвѣтствующемъ общему правовому прогрессу. Такъ, берлинскій трактатъ установилъ обязательность для балканскихъ государствъ началъ религіознаго равноправія. Но это случаи, которые не могутъ быть обобщаемы.

Здѣсъ надо строго различать два вопроса. Одинъ касается соблюденія уже признанныхъ правовыхъ обязательствъ въ государствахъ федеративнаго типа, обязательствъ,

которыя отсутствуютъ въ государствахъ унитарныхъ. Соблюденіе ихъ есть правовое требованіе: оно вытекаетъ изъ верховенства федеральной конституціи и выражаетъ утвежденіе за входящими государствами, штатами, кантонами и т. п. неотчуждаемыхъ правъ. Можно думать, что подобная связанность и центральной и мѣстной власти пріучаетъ и властвующихъ и подвластныхъ гражданъ болѣе наглядно представлять правовое самоограниченіе вообще. Мы видѣли, что распространеніе въ Германіи взглядовъ Бодена на суверенитетъ задерживалось тамъ двойственностью имперской и территоріальной власти. Но въ настоящее время извѣстная степень признанія правъ за отдѣльными гражданами и ихъ союзами свойствена всякому конституціонному, хотя бы унитарному государству. Едва ли Англія въ этомъ смыслѣ чѣмъ-нибудь уступаетъ Соединеннымъ Штатамъ и она навѣрное превосходитъ Германію. Не слѣдуетъ преувеличивать этого психологическаго воздѣйствія.

Трудность, присущая федеративной организаціи государства, лежитъ въ томъ, что здѣсь имѣется въ виду соблюденіе не только буквы, но и духа тѣхъ нормъ, которыя опредѣляютъ взаимныя отношенія центральныхъ и периферическихъ органовъ; а между тѣмъ во всѣхъ современныхъ федераціяхъ мы видимъ ростущій запросъ на болѣе широкія полномочія центральной власти—запросъ, связанный и съ расширеніемъ государственнаго вмѣшательства вообще, и съ обостреніемъ международнаго соперничества, и съ общимъ стремленіемъ объединить правовый оборотъ, даже не останавливаясь передъ границами отдѣльныхъ государствъ. Нѣтъ сомнѣнія, эта тенденція можетъ сказываться и въ такихъ ограниченіяхъ правъ отдѣльныхъ входящихъ государствъ, которыя во всякомъ случаѣ не соотвѣтствуютъ духу федеративнаго устройства [1]).

Особенно наглядно это проявляется въ области финансовой. Извѣстно, какіе горячіе споры возбудилъ въ Соединенныхъ Штатахъ вопросъ о предѣлахъ налоговыхъ правомочій у союза: ограничиваются ли они собираніемъ средствъ, необходимыхъ для

---

[1]) Hughes, The philosophy of the federal constitution, oc. p. 139—140: дѣятельность союза въ Америкѣ хронически нарушаетъ права штатовъ и искажаетъ конституцію.

выполненія непосредственныхъ его задачъ, или союзная власть свободна въ установленіи налоговъ, указанныхъ въ I, 8, 1, конституціи [1])? Подобные споры и опасенія имѣли мѣсто и въ юной австралійской конституціи[2]). Исключительно интересна въ этомъ смыслѣ была борьба за прямые имперскіе налоги въ Германіи и совершившійся переходъ къ такому прямому обложенію въ связи съ военнымъ закономъ 1913 г. для покрытія расходовъ на увеличеніе арміи. Несомнѣнно, этимъ создался чрезвычайно важный прецедентъ въ конституціонной жизни Германіи; не даромъ здѣсь имперскому правительству пришлось преодолѣть, повидимому, значительныя тренія въ союзномъ совѣтѣ. Есть основаніе думать, что послѣ войны предполагается введеніе общаго имперскаго налога, въ который войдетъ и спеціальное обложеніе прироста имуществъ за время войны. Это общее явленіе: съ одной стороны росту союзной власти соотвѣтствуетъ возрастающая потребность въ средствахъ; съ другой—осуществленіе этой властью своихъ финансовыхъ правъ можетъ привести къ тому, что отдѣльныя государства, штаты или кантоны окажутся лишенными фактической самостоятельности въ той сферѣ, которая безспорно предоставлена имъ конституціей. Здѣсь уже нарушается правовая основа федеративнаго устройства. Но опять таки, предѣлъ допустимаго никогда не можетъ быть установленъ съ совершенной объективной убѣдительностью, одинаковой какъ для централистовъ, такъ и для партикуляристовъ [3]). Идетъ невольная борьба за

---

[1]) Ср. The Federalist, № 32—статья Гамильтона, отвѣчающая на возраженія, что предполагаемыя финансовыя полномочія союза лишатъ необходимыхъ рессурсовъ штаты. Ср. Huges, p. 68.

[2]) Quick and Garran, The Annotated Constitution of Australian Commonwealth, p. 825 (комментарій къ ст. 87). О послѣдствіяхъ, которыя проистекли бы здѣсь изъ передачи прямыхъ налоговъ союзу—Schachner, Australien in Politik, Wirtschaft und Kultur, S. 158. Ср. этюдъ Брайса, The Australian Commonwealth въ Studies in history and jurisprudence, v. I, p. 545. Замѣчательно, что по южно-африканской конституціи 1909 г. финансовыя права федеральнаго парламента неограничены (art. 118 etc.).

[3]) Иногда самый конституціонный текстъ благопріятствуетъ подобнымъ спорамъ неопредѣленностью и растяжимостью своей редакціи—напримѣръ, ст. 42, f.: швейцарской конституціи. Ср. Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, S. 379.

nervus rerum, за доступъ къ платежнымъ силамъ страны, которыя въ данную минуту представляютъ величину опредѣленную и къ которымъ нельзя предъявлять безпредѣльныхъ требованій; обычно побѣду въ ней получаетъ центральная власть, и столь же обычно соціологическая неизбѣжность этихъ споровъ далеко не учитывается при созданіи федеральной конституціи. Такіе же трудности связаны съ правомъ у союзной власти субсидіарнаго законодательства по извѣстнымъ предметамъ, относящимся къ вѣдѣнію отдѣльныхъ государствъ, штатовъ или кантоновъ, если мѣстная власть ими пренебрегаетъ; примѣры такого права мы находимъ въ конституціяхъ Швейцаріи и Канады [1]).

Повторяемъ, здѣсь приходится считаться вовсе не только съ властолюбіемъ центральнаго представительства и правительства, болѣе сильныхъ и потому болѣе подверженныхъ искушенію толковать свои полномочія расширительно,—здѣсь приходится считаться прежде всего съ естественнымъ ходомъ вещей. Въ Соединенныхъ Штатахъ союзная власть усиливается вовсе не только подъ вліяніемъ имперіализма и протекціонизма, которые и сами, конечно, отнюдь не суть

---

[1]) Швейц. конституція, ст. 27; канадская, ст. 93. Канада представляетъ настолько сильный перевѣсъ центральной власти надъ провинціальными, что является сомнѣніе, есть ли она федерація вообще. Огромное большинство изслѣдователей даетъ однако утвердительный отвѣтъ, и слишкомъ поспѣшно А. С. Ященко считаетъ его за «всеобщее заблужденіе»—Теорія феодализма, с. 607. Ср. Keith, Resonnsible goverment, in the dominions, v. II, p. 665; Munro, The Constitution of Canada, ch. I. Introduction. Egerton, Canadian constitutional development p. 352. Бар. С. А. Корфъ, Автономныя колоніи Великобританіи, с. 66. Это вытекаетъ и изъ вступленія къ Act for the Union—приложено у Munro, p. 278—и особенно изъ 92, 1: конституція провинціи за исключеніемъ статей, регулирующихъ положеніе вице-губернатора, измѣняется въ порядкѣ провинціальнаго законодательства. Интересный и, кажется, недостаточно изслѣдованный вопросъ о взаимоотношеніяхъ законодательной компетенціи цѣлаго и частей въ союзномъ государствѣ, объ уполномочіи, исходящемъ отъ центральнаго представительства мѣстнымъ законодательнымъ органамъ издавать нормы, которыя ratione materiae относятся къ компетенціи центральной власти, и объ осуществленіи этихъ общихъ нормъ мѣстными органами черезъ мѣстные законы. Примѣры изъ жизни Германіи у Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen, S. 15..

лишь результаты честолюбивой и корыстной психологіи случайно вліятельныхъ группъ. Достаточно напомнить, что лишь союзная власть въ силахъ бороться съ всемогущими трестами, угрожающими странѣ экономическимъ и даже политическимъ подчиненіемъ [1]). Въ Германіи въ томъ же направленіи дѣйствовало и колоссальное развитіе промышленности, заставлявшее искать внѣ-европейскихъ рынковъ, и связанный съ этимъ ростъ морской торговли и военнаго флота, который являлся въ большей степени общеимперскимъ, чѣмъ армія, и успѣхи соціальнаго законодательства вмѣстѣ съ расширеніемъ задачъ соціальной политики, и введеніе bürgerliches Gesetzbuch, и общій духъ милитаризма, питаемаго прусской гегемоніей и т. п. Даже такой горячій защитникъ правоваго верховенства и обезпеченнаго самоуправленія, какъ Гирке, признавалъ уже много лѣтъ тому назадъ, что тенденція развитія германской имперіи направляется въ сторону унитарнаго государства (ein einheitliches Reich) [2]). Совершенно къ подобному же выводу пришелъ и Лабандъ, подводя итоги 35-лѣтней исторіи германской конституціи [3]). Австралійская конституція гораздо болѣе централизована, чѣмъ конституція Соединенныхъ Штатовъ 1787 [4]), но она въ этомъ смыслѣ значительно уступаетъ конституціи южно-африканскаго союза [5]). Словомъ, мы видимъ

---

[1]) Характерно, что Удро Вильсонъ въ своей книгѣ «The new freedom» (1913), представляющей какъ бы его программу, при всей враждебности имперіалистическимъ тенденціямъ, отнюдь не высказывается въ пользу расширенныхъ полномочій штатовъ и, наоборотъ, выражаетъ полное сочувствіе переходу къ прямымъ выборамъ сенаторовъ—мѣрѣ, въ которой обычно усматривалась угроза самостоятельности штатовъ.

[2]) Das deutsche Genossenschaftsrecht, B. I, S. 842.—Движеніе въ сторону централизма въ Германіи отмѣчаетъ и Борнгакъ въ Archiv für das öffentliche Recht, B. 26, S. 375. Ср. Kiefer, Das Aufsichtsrecht des Reiches über die Einzelstaaten, S. 157.

[3]) Его статья: Die geschichtliche Entwickelung der Reichsverfassung въ Jahrbuch des öffentlichen Rechts 1907, B. I.

[4]) Bryce, Studies in history and jurisprudence, v. I, p. 493—4.

[5]) Brand, The Union of Southe Africa, p. 53: «the brief survey given of the division of power between the Union and Provincial Governments is sufficient to show the immensely preponderating authority of the former.»—Для провинцій никакихъ гарантій: «indeed the Parliament may with the consent of the Imperial Government entirely abolish the Provinces». Cp. South

эту линію развитія въ самыхъ разнообразныхъ частяхъ земного шара; нѣтъ основаній думать, чтобы ближайшее будущее ее направило въ противоположную сторону [1]).

Совершенно другой вопросъ—при какихъ обстоятельствахъ и въ какихъ формахъ установленіе для центральной власти подобной правовой связанности отвѣчаетъ началамъ правового государства. Здѣсь намъ приходится имѣть въ виду возникновеніе федераціи. Обычно она являлась на смѣну конфедераціи, какъ это происходило въ Соединенныхъ Штатахъ, Швейцаріи, Германіи, или въ нее входили земли, ранѣе юридически ничѣмъ другъ съ другомъ несвязанныя, какъ было въ Канадѣ, Австраліи. Если южно-американскія республики шли инымъ путемъ, если Бразилія, напримѣръ, отъ унитарной монархіи перешла къ федеративной республикѣ, то здѣсь дѣйствовалъ уже готовый образецъ конституціи Соединенныхъ Штатовъ и его болѣе или менѣе близкія копіи въ другихъ американскихъ республикахъ. Такое историческое преемство имѣетъ правовой смыслъ. При переходѣ отъ конфедераціи отдѣльныхъ государствъ федеративный строй, отчуждая часть самостоятельности ради важныхъ политическихъ и культурныхъ интересовъ, гарантируетъ неприкосновенность оставшейся части и въ то же время гарантируетъ въ извѣстныхъ предѣлахъ равенство входящихъ государствъ, штатовъ или кантоновъ[2]). Конечно, это компро-

---

Africa Act 1909 (текстъ его приложенъ у Бранда)—ос. art. 59, 85. Характерна сама редакція—по ст. 59: «parliament... power make laws»; по ст. 85: «the provincial council may make ordinances». Пересмотръ провинціальной конституціи совершается южно-африканскимъ парламентомъ.

[1]) Современный міръ не похожъ въ этомъ смыслѣ на тотъ міръ, въ которомъ жили авторы Федералиста; они были увѣрены, что всѣ естественныя условія благопріятны болѣе для власти отдѣльныхъ штатовъ, чѣмъ для власти союза, которые поэтому должны быть особенно тщательно укрѣплены и ограждены. Наиболѣе ярко это выражено въ статьяхъ подъ №№ 17, 23, 25. О предсказаніяхъ въ этомъ смыслѣ, которыя дѣлались современниками филадельфійской конвенціи: Bancroft, History of the formation of the constitution of the U. S., v. I, p. 65.

[2]) Между типичнымъ союзнымъ государствомъ и союзомъ государствъ существуетъ рядъ переходныхъ формъ. Сѣверо-германскій союзъ 1867 г., напримѣръ, точнѣе выдерживалъ типъ союзнаго государства, чѣмъ германская имперія съ Sonderrechte отдѣльныхъ государствъ. Для Зейделя въ 2 п. 78 ст. имперской конституціи данъ «ein unverkennbares

миссъ; изучая образованіе американской конституціи, мы видимъ, какъ многія особенности федеративнаго строя, которымъ впослѣдствіи стали приписывать принципіальное значеніе, вытекающее изъ самой природы этого строя, объяснялись простой необходимостью примирить противоположные интересы—напримѣръ, различіе въ устройствѣ сената и палаты представителей [1]). Но во всякомъ случаѣ при этомъ компромиссѣ имѣлось въ виду по возможности оставить неприкосновеннымъ исторически сложившійся status членовъ союза. Прежде они были равноправны, какъ бываютъ равноправны государства, находящіяся въ международномъ общеніи [2]); теперь, по крайней мѣрѣ, они въ одной палатѣ имѣютъ равное представительство, независимое отъ ихъ территоріи и населенія, пользуются равнымъ голосомъ при пересмотрѣ конституціи, и защищены, наконецъ, особыми гарантіями, что при пересмотрѣ это равенство не будетъ утрачено [3]). Правда, этого равенства мы не находимъ въ германской имперіи по конституціи 1871 г. съ ея гегемоніей Пруссіи и установленнымъ распредѣленіемъ голосовъ въ союзномъ совѣтѣ; но оно не существовало и въ германскомъ союзѣ, какъ его создалъ вѣнскій конгрессъ [4]). Государства, входящія въ составъ имперіи, не имѣютъ равенства голосовъ въ союзномъ совѣтѣ,— но каждое изъ нихъ, какъ бы оно ни было миніатюрно, имѣетъ

Wahrzeichen des Staatenbundes» — Commentar zur Verfassungsurkunde S. 419. Напротивъ, конституція конфедераціи южныхъ штатовъ 1861—1865 создавала союзъ государствъ съ уклономъ въ сторону союзнаго государства (Bryce, The American Commonwealth, v. I, p. 562). Въ общемъ нельзя не согласиться съ выводомъ Вестермарка въ его книгѣ Staatenbund und Bundesstaat, S. 456, 458 usw.—различіе ихъ болѣе количественное, чѣмъ качественное (критерій предлагаемый авторомъ на с. 462: «die Selbstständigkeit, die Unabhängigkeit des Bundes gegenüber seinen Mitgliedern» — тоже въ сущности количественный, т. е. допускающій степени).

[1]) The Federalist, № 62.

[2]) Извѣстно, что и здѣсь принципъ равенства долгое время считавшійся догматомъ международнаго права, вызываетъ возраженія. См. статью В. Э. Грабаря, Начало равенства государствъ въ современномъ международномъ правѣ—Извѣстія Министерства Иностранныхъ Дѣлъ 1912, кн. I.

[3]) Constit. of the U. S. art. V (provided... that no state without its consent, shall be deprived of its equal suffrage in the Senate).

[4]) Die deutsche Bundesacte, Allgemeine Bestimmungen, art. 4, 5, 6.

право на одинъ голосъ; кромѣ того, распредѣленіе этихъ голосовъ вообще далеко не пропорціонально территоріи и населенію отдѣльныхъ государствъ, и эта непропорціональность благопріятна именно интересамъ мелкихъ членовъ имперіи. Наконецъ, отдѣльныя государсрства—Баварія, Виртембергъ, Баденъ—пользуются особыми правами, «Sonderrechte»; ихъ не существовало въ Сѣверо-германскомъ союзѣ и они явились при созданіи имперіи, какъ обезпеченіе южно-германскихъ государствъ [1]).

Конечно, это равенство несуверенныхъ государствъ, входящихъ въ составъ союзнаго государства, только относительное: его нельзя вполнѣ уподобить тому, которое можетъ осуществляться при вступленіи двухъ государствъ въ реальную унію [2]). Достаточно вспомнить, какія предосторожности были приняты въ этомъ смыслѣ Венгріей при созданіи дуалистическаго режима 1867 г. [3]). Если бы Австро-Венгрія перешла къ федеративному строю, который какъ-будто предуказывался ея территоріальнымъ расчлененіемъ и племенной пестротой,—помимо того, что надъ Венгріей образовалась бы союзная власть,—уравненіе ея съ другими частями Дунайской монархіи означало бы ограниченіе

---

[1]) Reichsverfassung, 78. Ср. Busch, Die Kämpfe um Reichsverfassung und Kaisertum—о трудностяхъ, которыя въ 1870—1871 создавали стремленія Баваріи и въ меньшей стерени Виртемберга отстоять maximum самостоятельности.

[2]) Можетъ осуществляться, ибо возможна реальная унія inaequali iure. Таково было соединеніе Польши съ Литвой послѣ люблинскаго сейма, приближающееся къ «втѣленію»—въ противность городельскому привилею 1413 г.—М. К. Любавскій, Очерки исторіи литовско-русскаго государства, с. 292. Такой характеръ носила и связь Россіи и Польши послѣ вѣнскаго конгресса, опредѣленная конституціей 1815 г. Наконецъ, такъ могутъ быть, повидимому, всего точнѣе обозначены отношенія Москвы и Малороссіи непосредственно послѣ переяславской рады: дальнѣйшая исторія этихъ отношеній есть исторія постепенной утраты малороссійской самостоятельности.

[3]) Можно сопоставить здѣсь основной законъ объ общихъ дѣлахъ всѣхъ земель австрійской монархіи 21 декабря 1867 (№ 146) и соотвѣтственный венгерскій законъ XII, 1867. Поучительны даже редакціонныя различія. Чрезвычайно интересно разсказана исторія подготовки и созданія дуалистическаго режима у Eisenman, Le compromis austro-hongrois de 1867.

не только ея признанной въ дѣйствующемъ режимѣ независимости, но и признаннаго равенства со всей Австріей-Цислейтаніей. Отсюда естественная непопулярность въ Венгріи всякихъ проектовъ федерализаціи даже въ смягченной формѣ тріализма.

Такимъ образомъ, правовой смыслъ федеративнаго строя—обезпеченіе самостоятельности и равенства въ извѣстныхъ предѣлахъ для тѣхъ государствъ, которыя стояли другъ къ другу въ отношеніяхъ международнаго характера и которыхъ теперь политическая необходимость и культурная потребность заставляетъ соединиться въ единомъ государствѣ. Здѣсь скорѣе охраняется старое право, чѣмъ создается новое,—и эта охрана въ общемъ соотвѣтствуетъ принципу правового государства. Возможны, конечно, случаи, когда эта предшествующая самостоятельность носила совершенно искусственный характеръ, выражала лишь династическія притязанія или дипломатическія случайности и совсѣмъ не отражалась въ народномъ сознаніи, какъ дѣйствительно правомѣрный порядокъ. Такъ было въ эпоху объединенія Италіи, когда живо чувствовалось, что національно-правовое обновленіе требуетъ унитарнаго строя: слишкомъ скомпрометтированы были федеративныя программы и, прежде всего, неогельфская программа итальянскаго союза съ папой во главѣ (Джіоберти, Росмини) — скомпрометтированы глубокой дезорганизаціей и деморализаціей власти въ большинствѣ отдѣльныхъ государствъ Италіи, а также разочарованіями, которыя принесла политика Пія IX въ Папской области. Можно сказать, эта пагубная раздробленность, соединенная съ деспотизмомъ случайныхъ династій, психологически изглаживала традиціи провинціальной и мѣстной обособленности, которыя такъ сильны въ прошломъ Италіи [1]).

---

[1]) Еще въ эпоху французской революціи унитаристами въ Италіи можно было называть тѣхъ, кто стоялъ за ея федеративное объединеніе. Съ раздраженіемъ говорилъ Ревельеръ о «ces unitaires qui voulaient, qu'on détruisit tous les gouvernements qui subsistaient en Italie, pour ne faire de ce grand et beau pays qu'une seule nation, régie par un seul gouvernement fédéral». — Sorel, L'Europe et la révolution française, v. V, p. 317. Ср. Tivaroni, Storia critica del risorgimento italiano, III, 3, p. 499.

Подобно федераціи [1]) и автономія можетъ создавать связанность центральной власти—связанность, притомъ, идущую иногда весьма далеко; но послѣдняя здѣсь не вытекаетъ изъ предшествующаго самостоятельно-государственнаго существованія автономной области. Автономія есть самоограниченіе власти въ унитарномъ государствѣ, основанное на признаніи не только особыхъ интересовъ данной области, но и особаго права удовлетворять эти интересы при помощи мѣстныхъ органовъ [2]). Можно сказать, она есть расширеніе мѣстнаго самоуправленія, при которомъ функціи, обычно осуществляемыя въ данномъ государствѣ центральной властью, передаются мѣстнымъ органамъ, и въ то же время за членами государственнаго союза, живущими въ данной области, признается соотвѣтственное право на участіе въ той или въ другой формѣ въ этихъ органахъ [3]).

Отсюда вытекаетъ важное слѣдствіе: автономія вовсе не предполагаетъ равноправія надѣленной ею части государственнаго цѣлаго со всѣми другими. Наоборотъ, она обычно есть своеобразная привилегія, основанная на исключительныхъ матеріальныхъ и культурныхъ условіяхъ данной области: наличность автономіи въ одной части государства не даетъ никакихъ прямыхъ основаній для домогательствъ другихъ частей, гдѣ подобныя условія совершенно отсутствуютъ. Мож-

[1]) Анализъ федеративнаго устройства показываетъ примѣръ того, какое значеніе для истолкованія государственно-правовыхъ нормъ можетъ имѣть ихъ происхожденіе. Здѣсь догма должна быть истолковываема не только статически, но и динамически.

[2]) Трудно согласиться съ опредѣленіемъ автономіи у бар. Б. Э. Нольде: «самоуправленіе, покоящееся на собственномъ, а не дарованномъ государственномъ правѣ, называется автономіей». Очерки русскаго государственнаго права, с. 269. Здѣсь юридически стирается граница между автономной провинціей и (несуверреннымъ) государствомъ. Впрочемъ авторъ вполнѣ правъ, когда говоритъ здѣсь, что «со словомъ этимъ отнюдь не связано сколько-нибудь постояннаго и устойчиваго содержанія». Хорошая характеристика того хаоса, который господствуетъ въ современной государственно-правовой литературѣ по вопросу объ автономіи—у Slavitscheck, Selbstverwaltung und Autonomie.

[3]) Исторически автономія можетъ переходить въ государственную обособленность, что на нашихъ глазахъ совершилось въ отношеніяхъ между Даніей и Исландіей. Ср. Lundborg, Islands staatsrechtliche Stellung. S. 50.

но быть сторонникомъ широкой автономіи Финляндіи и Польши, и отсюда не вытекаетъ еще никакого обязательства отстаивать автономію Литвы или Малороссіи. Среди англійскихъ колоній есть такія, какъ Канада, Австралія, Южная Африка, которыя пользуются полной политической автономіей [1]), и есть такія, какъ островъ Мальта, гдѣ режимъ, по словамъ одного государственнаго дѣятеля, приближается къ режиму военнаго корабля [2]). Гомъ-руль для Ирландіи вовсе не предполагаетъ юридически возстановленія или точнѣе созданія особаго шотландскаго парламента, [3]) а автономія хорватовъ не подкрѣпляла притязаній на автономію трансильванскихъ румынъ. Понятно также, что если въ государствѣ нѣсколько автономныхъ областей,—широта наличнаго въ нихъ самоуправленія можетъ подлежать самымъ большимъ колебаніямъ. И дѣйствительно, конкретные примѣры автономій въ современномъ государственномъ правѣ чрезвычайно разнообразны. Можно говоритъ о типическомъ распредѣленіи правомочій въ союзномъ государствѣ, но совершенно невозможно было бы говорить о типической автономіи.

Итакъ, автономія есть выраженіе растущей децентрализаціи центральнаго государства: политически ея введеніе можетъ быть оправдываемо между прочимъ старыми вольностями и правами данной области [4]); юридически она всегда не под-

---

[1]) См. превосходную работу, вышедшую въ 1912 г. Keith, Responsible government in the dominions, v. I—III (ос. Introduction, v. I, p.1—58) Очень замѣчательныя мысли объ отвѣтственномъ правительствѣ въ Канадѣ въ извѣстномъ отчетѣ генералъ-губернатора Дергама—приведено у Egerton, Canadian constitutional development, p. 176. На русскомъ языкѣ цѣнный и богатый матеріалъ данъ въ книгѣ барона С. А. Корфа, Автономныя колоніи Великобританіи.

[2]) Объ различіяхъ см. Jenkyns, British rule and jurisdiction beyond the seas, p. 7 etc.

[3]) Вопросъ объ ирландской автономіи не покрывается вопросомъ о т. н. законодательной деволюціи, т. е. объ освобожденіи англійскаго парламента отъ чисто-мѣстнаго законодательства. Эта деволюція, которая по Э. Грею становится необходимостью, не требуетъ одинаковой формы во всѣхъ частяхъ соединеннаго королевства.

[4]) Юридически нѣтъ никакой связи между шведскимъ риксдагомъ и боргосскимъ сеймомъ, какъ и позднѣйшимъ финляндскимъ сеймомъ, хотя

тверждаетъ старыя права, а создаетъ новыя, создаетъ, можно сказать, новое юридическое лицо. Въ этомъ смыслѣ она вполнѣ соотвѣтствуетъ принципу правового государства, устанавливая правоспособность тамъ, гдѣ исторія подготовила почву для дѣеспособности, не только совмѣстимой съ общимъ благомъ, но и осуществляемой въ его интересахъ. Образованіе автономіи лишь подводитъ юридическій итогъ соціально-культурному процессу, выдѣлившему данную область изъ общей государственной территоріи. Это хорошій примѣръ примѣненія въ современной государственной жизни распредѣлительной справедливости Аристотеля; лишь во имя ея, а не во имя справедливости уравнительной можно отстаиватъ введеніе автономнаго режима. Поэтому для автономіи духъ якобинской демократіи, доктрина и паѳосъ абсолютнаго равенства явно неблагопріятны.

Съ другой стороны, автономія, созданная на этой естественно подготовленной для нея почвѣ, прямо отвѣчаетъ современной тенденціи переносить извѣстныя государственныя полномочія изъ центра на периферію и привлекать къ нимъ мѣстную самодѣятельность; эта тенденція къ развитію мѣстнаго самоуправленія вытекаетъ изъ простой необходимости раздѣленія труда при крайне осложненной государственной и общественной жизни и проявляется даже въ странѣ съ такими сильными навыками централизаціи, какъ Франція [1]). Очевидно здѣсь есть не только политическая необходимость, но и правовая потребность. Въ настоящее время въ наукѣ господствуетъ государственная теорія самоуправленія, усматривающая въ послѣднемъ извѣстную форму государственнаго

уполномоченные въ Борго избирались тѣмъ же самымъ способомъ, какъ и представители сословій въ старый риксдагъ, и по образцу послѣдняго былъ созданъ въ 60-хъ годахъ финляндскій сеймъ. Въ этомъ смыслѣ новаго юридическаго порядка нужно истолковывать и извѣстныя слова Александра I, возвѣщавшія конституціонную автономію Финляндіи: „j'ai promis de maintenir votre constitution, vos lois fondementales“: новый порядокъ реципируетъ нѣкоторые элементы стараго. Психологически эта рецепція легко можетъ мыслиться какъ непрерывность.

[1]) Движеніе, которое надо строго отличать отъ весьма безпочвенныхъ стремленій нѣкоторыхъ французскихъ націоналистовъ вродѣ Бареса—вернуться къ провинціальной обособленности.

управленія; но даже исходя изъ нея, нельзя отрицать, что при этой формѣ создаются субъективныя публичныя права членовъ мѣстнаго союза, подобныя субъективнымъ публичнымъ правамъ членовъ союза общегосударственнаго. И здѣсь такое созданіе есть важный шагъ въ сторону правового государства.

Но можетъ ли быть прочна автономія, если она, подобно хорватской, не защищена отъ пересмотра и отмѣны безъ участія ея органовъ? На это можно отвѣтить, что автономіи англійскихъ колоній вовсе не защищены безспорными формальными гарантіями отъ посягательства на нихъ британскимъ парламентомъ. Конституціи Канады и Новой Зеландіи формально могутъ быть измѣняемы парламентскимъ актомъ метрополіи [1]. И, однако, именно сторонники тѣснѣйшей связи Англіи съ колоніями, защитники «Greater Britain» стоятъ за переходъ къ имперскй федераціи, т.-е. къ строю, гдѣ юридически центральная власть будетъ гораздо болѣе связана, чѣмъ она связана теперь [2]. Суверенитетъ Англіи въ ея отношеніяхъ къ колоніямъ не отвергается, но онъ восполняется не только моральнымъ но и правовымъ ея самоограниченіемъ, одинаково прочнымъ въ общественномъ мнѣніи метрополіи и колоній: формальная несвязанность британскаго парламента не внушаетъ никакихъ опасеній ни Австраліи, ни Канадѣ. Жители Эльзасъ-Лотарингіи не могли, конечно, быть въ такой же мѣрѣ спокойными за участь дарованной имъ въ 1911 г. автономіи. Неотчуждаемость послѣдней безъ согласія ея органовъ является вообще исключеніемъ, тѣмъ болѣе когда автономія создается заново, въ областяхъ, не имѣвшихъ самостоятельнаго устройства, когда въ такомъ устройствѣ есть элементъ политиче-

---

[1] Въ этихъ конституціяхъ не имѣется ограниченій, которыя мы находимъ въ австралійской (VIII, 128) и южно-африканской (X, 152), указывающихъ порядокъ конституціоннаго пересмотра.

[2] Keith, Responsible government in Dominions, v. III, p. 1453: Imperial unity and imperial cooperation. Бар. С. А. Корфъ, Автономныя колоніи, с. 421 и сл.—Переходъ къ федеративному строю несомнѣнно обозначалъ бы ограниченіе правъ британскаго парламента на подобіе того, какъ ограничены права американскаго конгресса. Англія не могла бы остаться при своей гибкой конституціи.

скаго опыта [1]). Но и при отсутствіи такой неотчуждаемости автономія можетъ быть защищена полнотой всѣхъ тѣхъ гарантій, которыя въ современномъ государствѣ охраняютъ правовое бытіе юридическаго лица [2]).

Организація народнаго представительства опредѣляется прежде всего дѣйствующимъ избирательнымъ закономъ. Этотъ законъ регулируетъ осуществленіе избирательной функціи и устанавливаетъ, по терминологіи Іеллинека, тотъ первичный органъ, каковымъ является совокупность политически полноправныхъ гражданъ. Но невозможно, слѣдуя за Лабандомъ и многими другими нѣмецкими государствовѣдами, видѣть въ выборѣ представителя исключительно функцію, закрывая глаза на связанное съ нею субъективное публичное право—право осуществлять указанную функцію. Поэтому и расширеніе избирательнаго права, которое есть столь важный фактъ новѣйшей политической исторіи, не можетъ быть разсматриваемо исключительно какъ измѣненіе объективнаго государственнаго правопорядка; оно создаетъ и новыя права, идя обычно въ этомъ случаѣ навстрѣчу притязаніямъ тѣхъ, которые эти права получаютъ. Отсюда естественная связь между принципомъ правового государства и избирательнымъ порядкомъ; принципъ осуществляется тѣмъ полнѣе, чѣмъ большее число гражданъ признаются субъектами права на осу-

---

[1]) Иногда автономія получаетъ международную гарантію—какъ это было съ Восточной Румеліей, гдѣ она опредѣлялась прямо берлинскимъ трактатомъ, или съ автономіей Ливана, гдѣ статутъ 1861 г. былъ вынужденъ у Турціи давленіемъ державъ. Здѣсь лишь внѣшность самоограниченія, а въ дѣйствительности было ограниченіе извнѣ, но его правовый смыслъ отъ этого не мѣняется, какъ не мѣняется правовой смыслъ режима религіозной свободы въ балканскихъ государствахъ отъ того, что эти государства на основаніи берлинскаго трактата были обязаны ее ввести.

[2]) Все это приложимо не только къ территоріальнымъ автономіямъ, но и къ автономнымъ личнымъ союзамъ, которымъ также могутъ передаваться публично-правовыя функціи. Но и здѣсь автономія извѣстныхъ союзовъ вовсе не создаетъ обязательности распространить ее на другіе, или дать ей всюду одинаковый объемъ. И здѣсь приходится строго различать автономію и общую свободу союзовъ.

ществленіе избирательной функціи и чѣмъ болѣе въ этомъ смыслѣ между ними достигнуто равенство. Само собой разумѣется, эта точка зрѣнія не единственная; необходимымъ требованіемъ, предъявляемымъ къ избирательному праву, является и его способность обезпечить цѣлесообразное выполненіе функціи, что такъ оставляется безъ вниманія у Руссо, когда онъ говоритъ о гражданинѣ, какъ носителѣ извѣстной доли суверенитета. Политикъ и законодатель должны найти здѣсь рѣшеніе, которое, удовлетворяя условіямъ объективной цѣлесообразности, шло бы возможно далѣе навстрѣчу запросамъ народнаго правосознанія [1]).

Наиболѣе обычное отрицаніе всеобщности сказывается въ имущественномъ цензѣ какъ условіи избирательнаго права. Въ общемъ, можно различить два типа цензовыхъ системъ. При одномъ требованіе ценза отстраняетъ большую часть населенія; избирательное право является исключеніемъ, привилегіей для pays légal. Таковъ былъ избирательный режимъ во Франціи въ эпоху реставраціи и іюльской монархіи, таковъ былъ онъ первоначально по закону 1889 г. въ Японіи (въ 1900 г. избирательное право здѣсь было значительно расширено; для активнаго права вмѣсто 15 іенъ установлено 10 іенъ и введено всеобщее пассивное право) [2]).Другой типъ встрѣчается тамъ, гдѣ правило есть наличность избирательнаго права; установленный цензъ настолько незначителенъ, что онъ отстраняетъ лишь совершенно неимущихъ, такъ сказать, квалифицированныхъ пролетаріевъ. Къ подобному порядку, быть можетъ, клонились симпатіи Монтескье, когда онъ высказался за весьма широкое выборное право, но отрицалъ его за частью населенія, которая находится въ такомъ состояніи приниженности (dans tel état de bassesse), что за ней нельзя признавать самостоятельной воли [3]). Яркимъ примѣромъ здѣсь можетъ служить фран-

---

[1]) Интересная попытка прослѣдить смѣну соціально-правовыхъ основаній въ исторіи избирательнаго закона—у Schneider, Der Wahlzensus in rechtsgeschichtlichen und rechtsvergleichenden Betrachtungen (переходъ отъ теоріи естественнаго права къ морали собственности и отъ нея къ индустріальной демократіи)—въ Archiv für das öffentliche Recht, B. 26.

[2]) Ito, Commentaries on the Constitution of the Empire of Japan, p. 215.

[3]) Esprit pes lois, XI, 6.

цузская конституція 1791 г., установившая для активныхъ гражданъ цензъ трехдневной заработной платы. По мѣрѣ пониженія ценза къ этому типу приближаются страны, которыя первоначально имѣли болѣе или менѣе олигархическое избирательное право—можно указать хотя бы на примѣръ Италіи послѣ реформы 1882 г. [1]).

Само собой разумѣется, здѣсь есть множество промежуточныхъ оттѣнковъ; мы имѣемъ въ виду лишь основныя тенденціи. Когда Айртонъ еще въ XVII вѣкѣ въ полемикѣ съ левеллерами защищалъ необходимость имущественнаго ценза, ибо лишь собственникъ имѣетъ реальный интересъ въ государственной жизни, онъ соглашался, что въ предѣлахъ установленнаго ценза всѣ должны быть равны [2]). И впослѣдствіи въ англійской политической литературѣ мы часто встрѣчаемся съ этимъ признаніемъ: необходимо, чтобы всѣ плательщики налоговъ имѣли голосъ, но столь же необходимо, чтобы подобный платежъ былъ conditio sine qua non избирательнаго права. Таковъ, напримѣръ, взглядъ Милля въ On representative government. Онъ связанъ со всей исторіей идеи представительства въ Англіи, и имъ давалось правовое обоснованіе цензу. Впрочемъ, дореформенное англійское право требовало не имущественнаго ценза вообще, а ценза земельной собственности, и даже реформа 1832 г. не ввела въ этомъ смыслѣ вполнѣ новаго принципа: она только распространила право на новыя категоріи держателей недвижимости — копигольдеровъ, лизгольдеровъ и простыхъ арендаторовъ [3]). Здѣсь ска-

---

[1]) Значеніе этой реформы у Palma, Corso di diritto costituzionale, v. II, p. 93.

[2]) The Clarke Papers, v. I, p. 280 (митингъ 29 октября 1647 г.) и особенно p. 301—слова Айртона: «I say this, that these, that have the meanest local interest, that man, that hath butt fourty shillinges a year, hee hath as great voice in the Election of a Knight for the shire as hee that hath ten thousands a year». Отвѣтъ Рэнсборо, p. 303. Характеристика Айртона у Gooch, The history of english democratic ideas in the 17 century, p. 161.

[3]) Любопытно, что по закону 1832 г. чѣмъ далѣе отстояло держаніе отъ собственности, тѣмъ болѣе возвышался цензъ; ослабленіе, такъ сказать, юридическаго титула возмѣщалось повышенной экономической его цѣнностью. Такъ, долгосрочный лизгольдъ давалъ избирательное право при доходѣ въ 10 ф. с., а краткосрочный—лишь при 50. Этотъ принципъ

залось стремленіе не только сохранить традицію, восходящую къ XV вѣку, но и крѣпко укоренившійся въ англійскомъ правѣ вообще взглядъ, что между недвижимой и движимой собственностью лежитъ глубокая качественная разница.

Въ новѣйшемъ государствѣ вліяніе капитала усиливается за счетъ земли, и самая земельная собственность, каковъ бы ни былъ ея юридическій status, находится все въ большей заисимости отъ денежнаго оборота; понятно, правовыя основанія, приводимыя въ пользу политической монополіи землевладѣнія, оказываются въ растущемъ противорѣчіи съ хозяйственнымъ строемъ,—достаточно вспомнить хотя бы о гипотекахъ, обременяющихъ эту собственность, объ акціяхъ и закладныхъ листахъ земельныхъ банковъ. Здѣсь положительно стираются грани движимой и недвижимой собственности. Но и защищать имущественный цензъ вообще, ссылаясь на правовую необходимость предоставить избирательное право только плательщикамъ налоговъ, становится все труднѣе въ виду господства косвенныхъ налоговъ, на которыхъ держится государственный бюджетъ, и наличности всеобщей воинской повинности, которая проявляетъ растущія требованія ко всему населенію въ цѣломъ. Отсюда все укрѣпляющееся и распространяющееся убѣжденіе, что имущественный цензъ не имѣетъ правового оправданія.

Менѣе опредѣленно оно выражается по поводу ценза образовательнаго, хотя въ сущности говоря послѣдній обычно представляетъ изъ себя замаскированный цензъ имущественный. Психологически это понятно: образованіе есть нѣчто гораздо болѣе внутренне связанное съ личностью, гораздо болѣе способное выражать ея годность, чѣмъ случайность того или другого имущественнаго обезпеченія. Но логически едва ли есть какая-нибудь возможность обосновать избирательный цензъ на почвѣ признанія особаго субъективнаго права избирателя, которому образованіе даетъ и безъ того лишнее орудіе въ жизненной борьбѣ. Само собою разумѣется, мыслима защита этого ценза какъ условія правильнаго и сознательнаго вы-

---

не чуждъ и законамъ 1867 и 1884, хотя особенно въ послѣднемъ мы видимъ стремленіе объединить различныя квалификаціи.

полненія избирательной функціи, хотя и въ этомъ смыслѣ практика образовательнаго ценза (въ Италіи, Португаліи, Румыніи) повидимому далеко не оправдываетъ этихъ отвлеченныхъ ожиданій [1]).

Въ еще большей степени это слѣдуетъ сказать о цензѣ осѣдлости, Насколько онъ можетъ ограничивать кругъ избирателей, лучше всего показываетъ французскій законъ 31 марта 1850 г., который поставилъ обязательнымъ условіемъ трехлѣтнее пребываніе въ избирательномъ округѣ и весьма сократилъ такимъ образомъ число избирателей,особенно въ большихъ городахъ. Для этого ценза нельзя найти никакого правового обоснованія: субъектомъ права на осуществленіе избирательной функціи является членъ союза государственнаго, а не какого-либо мѣстнаго.

Здѣсь можно остановиться на вопросѣ, который въ послѣднее время пріобрѣлъ жизненный интересъ,—на вопросѣ объ избирательномъ правѣ женщинъ. Отвлеченно говоря, это избирательное право, конечно, отвѣчаетъ требованію возможно болѣе широкаго распредѣленія правомочій между членами государственнаго союза, но правомочіе предполагаетъ и опредѣленный интересъ. Нельзя оспаривать наличность такого интереса у женщинъ, но несомнѣнно въ современномъ обществѣ онъ обычно бываетъ менѣе опредѣленный, менѣе сталкивающійся съ другими, чѣмъ интересы группъ, отличныхъ въ соціальномъ и культурномъ смыслѣ. Опытъ американскихъ штатовъ и австралійскихъ колоній, введшихъ у себя женское избирательное право, показываетъ, въ какомъ направленіи это право вліяетъ на законодательство. Оно особенно проявляется въ болѣе энергичной борьбѣ противъ алкоголизма, болѣе ригористическомъ отношеніи къ общественной нравственности. Подобное вліяніе, когда оно не приводитъ къ подавленію личной свободы и чрезмѣрному вмѣшательству въ частную жизнь, какъ это имѣло мѣсто въ законодательствѣ пуританъ Новой Англіи, въ высокой степени

---

[1]) Защита образовательнаго ценза у Д. С. Милля весьма голословна— Considerations on representative government, ch. VIII (People's edition, p. 68).

отвѣчаетъ интересамъ поступательнаго, напримѣръ, общественнаго движенія—но оно не связано исключительно съ женской половиной націи. Въ этомъ смыслѣ есть качественная соціологическая разница между распространеніемъ избирательнаго права на женщинъ и на неимущіе классы, которые ранѣе были лишены его.

Здѣсь не должно быть мѣста для недоразумѣній. Приниженное и безправное положеніе женщины представляетъ не только великое нравственное зло, но и культурную опасность для допускающаго подобное положеніе общества. Въ этомъ заключается одинъ изъ главныхъ недуговъ мусульманскаго Востока, препятствующихъ его возрожденію, и въ то же время одно изъ главныхъ преимуществъ западной цивилизаціи. Движеніе къ политическому равноправію женщины имѣетъ такіе же глубокіе источники, какъ стремленіе обезпечить ея гражданско-правовой status, открыть ей доступъ къ образованію и т. д. Но нельзя брать цѣлей этого движенія внѣ времени и пространства, внѣ перспективы общаго правового прогресса. Поставленное въ такую перспективу распространеніе избирательнаго права на женщинъ не можетъ предшествовать распространенію его на всю массу населенія именно потому, что значительная часть интересовъ женщинъ уже получаетъ защиту въ избирательномъ правѣ ихъ мужей, отцовъ, братьевъ и т. п., чего далеко нельзя сказать о соціальныхъ группахъ, остающихся за предѣлами pays légal. Несомнѣнно, съ другой стороны, раньше политическаго равноправія интересы женщины, какъ таковой, требуютъ равноправія гражданскаго и образовательнаго. Было бы странно во Франціи и Бельгіи надѣлять женщинъ избирательнымъ правомъ и оставлять то положеніе, которое имъ отводитъ въ семейной жизни и въ имущественныхъ отношеніяхъ Code civil [1]). Вообще болѣе чѣмъ гдѣ-нибудь здѣсь дѣйствуютъ психологическо-бытовыя условія, въ силу которыхъ, напримѣръ, вопросъ объ избирательномъ правѣ женщинъ въ англо-саксон-

[1]) Можно указать также на область мѣстнаго самоуправленія, открытіе которой для женщины практически едва ли не болѣе цѣнно, чѣмъ предоставленіе политическаго права. Этому пути слѣдовала Англія при реформахъ мѣстнаго самоуправленія въ графствахъ и приходахъ 1888 и 1894 г.

скомъ мірѣ стоитъ совсѣмъ иначе, чѣмъ въ романскихъ странахъ, и это связано съ различіемъ во всемъ положеніи женщины, которое такъ ярко отразилось и въ литературѣ [1]). Обычная ошибка феминизма и заключается въ слишкомъ отвлеченной постановкѣ даннаго вопроса, которая имѣетъ уже тотъ недостатокъ, что она оказывается, несмотря на всю теоретическую безспорность, весьма безплодной [2]).

Равенство избирательнаго права есть продолженіе его всеобщности; оно вытекаетъ изъ равенства общаго публично-правового статуса членовъ государственнаго союза. Отступленія отъ равенства весьма обычны, но и весьма различаются по степени. Неравно избирательное право и въ Англіи, и въ Пруссіи. Но въ Англіи это неравенство сводится къ праву человѣка, имѣющаго нѣсколько избирательныхъ квалификацій, подавать свой голосъ въ нѣсколькихъ округахъ, въ Пруссіи оно выражается въ трехклассной системѣ, при которой, напримѣръ, въ 1899 г. въ Берлинѣ 0,24%, 2,41% и 97,35% населенія избрали одинаковое количество выборщиковъ (для Пруссіи эти классы соотвѣтствовали 4%, 12% и 84% всего ея населенія). Англійскія демократическія партіи давно выставили лозунгъ: one man one vote—и эта реформа легко можетъ быть осуществлена, не затрогивая основаній избирательнаго закона: она—лишь небольшая къ нему поправка, болѣе важная принципіально, чѣмъ практически. Прусскій законъ, безсмысленный и жалкій, по выраженію Бисмарка, но дѣйствующій болѣе 60 лѣтъ, весь построенъ на мысли, что политическое представительство соціальной группы должно быть пропорціонально уплачиваемымъ ею прямымъ налогамъ. Нѣкоторыя отступленія, которыя были введены, и даже смягченія олигархическаго принципа, предпо-

---

[1]) Насколько подготовлена почва для избирательнаго права женщинъ въ Англіи, можно видѣть изъ того, что даже дикіе эксцессы суффражистокъ не вызвали особенно глубокой реакціи, хотя, вѣроятно, задержали осуществленіе реформы. Ср., напр., White, The english democracy, ch. 11—the outlook for women (p. 171).

[2]) Здѣсь отражается πρῶτον ψεῦδος обычнаго феминизма—его слишкомъ отвлеченное отношеніе къ женщинѣ вообще, игнорированіе своеобразій ея природы и т. п. Эта отвлеченность бросается въ глаза и у Милля.

лагавшіяся въ правительственномъ проектѣ, который послѣ измѣненій его въ ландтагѣ былъ въ 1910 г. взятъ обратно [1]), не ослабляли существеннымъ образомъ этого крайне неравномѣрнаго распредѣленія политическаго права. Можно сказать: въ прусскомъ избирательномъ правѣ неравенство избирательнаго права совѣмъ парализуетъ дѣйствіе широкаго его распространенія, его всеобщности. По срединѣ между Англіей и Пруссіей стоитъ Бельгія, гдѣ при особыхъ имущественныхъ, семейновозрастныхъ и образовательныхъ условіяхъ избиратель можетъ получить 2—3 голоса [2]).

Начало неравенства тѣмъ болѣе вызываетъ правовыхъ возраженій, чѣмъ болѣе это неравенство связано со случайными признаками, чѣмъ менѣе возможены здѣсь ссылки на распредѣлительную справедливость,—хотя и вообще избирательное право не есть область этой справедливости. Отсюда понятно, почему современное правосознаніе столь отрицательно относится къ сословному представительству [3]), гдѣ право пріурочено къ случайности рожденія и къ такимъ группировкамъ населенія, которыя имѣютъ лишь историческій смыслъ и совсѣмъ не соотвѣтствуютъ современному гражданскому быту.

Въ этомъ отношеніи гораздо менѣе искусственно представительство интересовъ, т. е. тѣхъ группъ населенія, которыя объединены общимъ интересомъ матеріальнаго или духовнаго порядка, обычно связаннымъ съ ихъ профессіей. Оно какъ будто имѣетъ за себя нѣкоторыя соціологическія оправданія: вѣдь современная наука подчеркиваетъ, насколько глубоко

---

[1]) Въ этомъ проектѣ предполагалось, напримѣръ, не считать сумму налога, платимаго избирателемъ свыше 5000 марокъ, ввести образовательный и служебный цензъ, который при минимальномъ платежѣ въ 3 марки налога давалъ бы право на переводъ въ высшій классъ. Тенденція законопроекта шла къ нѣкоторому повышенію политическаго вліянія среднихъ классовъ въ Пруссіи.

[2]) Въ конечномъ итогѣ въ Бельгіи—«le vote plural c'est le vote rural»—онъ усиливаетъ представительство деревни за счетъ города. Errera, Traité de droit public belge, p. 140.

[3]) Оно существовало, напримѣръ, въ Швеціи до 1866 г. и перенесено было въ то самое время, когда Швеція отъ него отказывалась, въ Финляндію, гдѣ и сохранялось до 1907 г. Гораздо чаще мы находимъ элементы сословности въ составѣ верхнихъ палатъ.

отражается принадлежность человѣка къ подобной группѣ на всемъ его укладѣ и поведенiи. Профессiя, трудъ человѣка— основной стержень его жизни. Но эти интересы чрезвычайно подвижны и малоустойчивы: трудно ихъ учесть и еще труднѣе опредѣлить ихъ общественный удѣльный вѣсъ. А иначе какъ рѣшить—какiе изъ наличныхъ интересовъ и въ какихъ предѣлахъ должны отражаться въ организацiи парламента? Получается возможность произвола и всякаго неравенства, примѣромъ коего можетъ служить австрiйскiй избирательный законъ 1873 г., установившiй четыре курiи: крупнаго землевладѣнiя, торговыхъ палатъ, городскую и сельскую (въ 1896 г. къ нимъ прибавилась курiя всеобщаго избирательнаго права). Здѣсь создавалась крайняя неравномѣрностъ: въ курiи крупнаго землевладѣнiя одинъ депутатъ приходился на 60—70 избирателей, въ курiи городской уже болѣе чѣмъ на 4000, въ сельской на 12000—12500, въ курiи всеобщаго избирательнаго права болѣе, чѣмъ на 70,000. Трудно усмотрѣть въ подобномъ распредѣленiи какое-либо ratio iuris—и какъ его найти при неопредѣленности очертанiй этихъ группъ, при ихъ взаимопересѣканiи, которое столь ихъ отличаетъ отъ замкнутыхъ, юридически оформленныхъ средневѣковыхъ цеховъ, отличаетъ и отъ профессiональныхъ организацiй, рисующихся воображенiю теоретиковъ синдикалистско-федеративнаго государства [1]).

---

[1]) Бенуа въ La crise de l'état moderne предлагалъ распредѣлить депутатскiя мѣста въ палатѣ пропорцiонально числу гражданъ, занятыхъ въ главныхъ отрасляхъ труда: по его расчету тогда изъ 500 депутатовъ французской палаты 225 должны представлять земледѣлiе, 164—промышленность, 13—либеральныя профессiи, и, слѣдовательно, устраненъ былъ бы наплывъ представителей этихъ профессiй—адвокатовъ, журналистовъ, врачей—заполняющихъ современную палату. Можно ли сказать, однако, что всѣ, связанные съ земледѣлiемъ или съ промышленностью, составляютъ одну группу и выражаютъ одни интересы? Дюкрокъ замѣчаетъ кромѣ того, что въ схемѣ Бенуа совершенно не представлены интересы потребителя, за счетъ котораго питается современный земледѣльческiй и промышленный протекцiонизмъ. Если онъ такъ силенъ при существующей во Францiи системѣ, то при реформѣ въ духѣ Бенуа онъ будетъ всецѣло властвовать въ парламентской дѣятельности, законодательствѣ и создавать все болѣе тяжелыя условiя жизни, ея дороговизну и т. п.—Ducrocq, Cours de droit administratif, v. III, p. 46. Не болѣе убѣдительны и предложенiя у Prins, Le régime corporatif et la representation des intérêts.

Неравенство можетъ скрываться и въ сравнительно второстепенныхъ особенностяхъ даннаго избирательнаго закона. Извѣстно, что въ Германіи распредѣленіе округовъ неблагопріятно для городовъ, особенно крупныхъ, и давало непропорціонально большое представительство мѣстностямъ сельскимъ. По откровенному объясненію Лабанда, здѣсь просто надо видѣть поправку къ всеобщему и равному избирательному праву [1]). Еще менѣе можетъ быть правовыхъ обоснованій для той Wahlgeometrie, которая такъ часто примѣнялась въ Австріи и Венгріи противъ славянскихъ народностей въ интересахъ нѣмцевъ и мадьяръ, и которая можетъ превратить этнографическое меньшинство даннаго округа въ избирательное большинство и обратно. Неравенство, связанное съ принадлежностью къ той или другой національности, конечно, не въ меньшей мѣрѣ нарушаетъ принципъ правового государства, чѣмъ неравенство, связанное съ сословностью.

Такимъ образомъ, осуществленіе этого принципа идетъ въ направленіи всеобщаго и равнаго избирательнаго права: отступленія отъ всеобщности и равенства суть «поправки» къ самому принципу. Мы уже говорили, что невозможно разсматривать избирательный порядокъ исключительно подъ этимъ угломъ зрѣнія правового верховенства. Можно представить себѣ случаи, когда введеніе всеобщаго избирательнаго права наноситъ опасный ударъ крѣпости конституціонныхъ учрежденій, когда соціальный порядокъ не въ состояніи выдержать внезапнаго перехода отъ всеобщаго безправія къ всеобщему полноправію. Наше время далеко отъ того энтузіазма, который возбуждала идея всеобщаго избирательнаго права, хотя бы во Франціи, въ эпоху іюльской монархіи и буржуазнаго верховенства. Тогда всеобщее избирательное право могло казаться выраженіемъ соборнаго разума и соборной совѣсти. Но не менѣе далеко отъ насъ изумительное отсутствіе историческаго чутья, которое сказалось въ рѣчи Гизо, произнесенной за нѣсколько недѣль до февральской революціи: никогда,

---

[1]) «Korrectur des allgemeinen gleichen Wahlrechts»; см. его Die geschichtliche Entwickelung der Reichsverfassung въ Jahrbuch für das öffentliche Recht, B. I, S. 24.

по его мнѣнію, не наступитъ день для всеобщаго избирательнаго права. День наступилъ, и никакихъ чудесъ не произошло. Несмотря на введеніе всеобщаго избирательнаго права самыя неотложныя соціальныя реформы отсрочиваются на десятки лѣтъ; вспомнимъ хотя бы исторію подоходнаго налога во Франціи. Передъ національными антагонизмами въ Австріи всеобщее избирательное право оказалось почти столь же безсильнымъ, какъ и куріальная система 1873 г.

Въ новѣйшей литературѣ вопроса мы вообще находимъ здѣсь гораздо больше нотъ скепсиса и разочарованія, чѣмъ былого энтузіазма. Не слѣдуетъ принимать эти ноты за объективное подведеніе итоговъ политическаго опыта Европы. Пусть vox populi не есть vox Dei, и всеобщее согласіе не есть раскрытіе вселенской истины, какъ думалъ Ламеннэ, вложившій въ защиту всеобщаго избирательнаго права столько подлиннаго паѳоса [1]). Еще менѣе для современнаго человѣка пріемлемо аріостовское:

Che'l volgare ignorante ogn'un riprenda
E parli piu di quel che meno intenda

и гетевское

Zuschlagen kann die Menge,
Da ist sie respektabel;
Urtheilen gelingt ihr miserabel.

Фактъ тотъ, что народы и государства европеской культуры неудержимо идутъ къ всеобщему избирательному праву. Среди другихъ несовершенныхъ и хрупкихъ созданій конституціоннаго и законодательнаго творчества людей, среди другихъ избирательныхъ системъ оно оказывается все же наименѣе несовершенной формой участія населенія въ выборахъ и находится въ наибольшемъ соотвѣтствіи съ неугасимыми инстинктами права и справедливости. Къ нему принуждены аппелировать группы и лица, весьма удаленныя отъ демокра-

[1]) С. А. Котляревскій, Ламеннэ и новѣйшій католицизмъ, с. 453.

тическаго радикализма [1]). Въ Германіи нѣкоторыя лица и до сихъ поръ сохраняли убѣжденіе, что введеніе Бисмаркомъ въ 1867 г. всеобщаго и равнаго избирательнаго права для выборовъ въ сѣверо-германскій рейхстагъ было преждевременной и опасной мѣрой, но и они понимали, что совершившееся совершилось безповоротно: отмѣна всеобщаго избирательнаго права означала бы такой разрывъ съ національнымъ правосознаніемъ, послѣдствія коего были бы неисчислимы [2]).

Нѣтъ надобности подъ взятымъ угломъ зрѣнія разсматривать различныя техническія особенности избирательныхъ системъ. Можетъ быть, принципу правового государства не совсѣмъ въ равной мѣрѣ отвѣчаютъ выборы одноименные и выборы по списку, отсутствіе перебаллотировокъ (какъ въ Англіи) и допущеніе ихъ по способу германскому (перебаллотировка исключительно между двумя кандидатами, получившими наибольшее число голосовъ), или французскому (перебаллотировка между любыми кандидатами),—но во всякомъ случаѣ техника и цѣлесообразность здѣсь играютъ гораздо бóльшую роль, чѣмъ право. Этого нельзя сказать о пропорціональномъ представительствѣ. Въ настоящее время оно пользуется большой популярностью—гораздо болѣе широкой, чѣмъ область его практическаго примѣненія. Поразительно видѣть, особенно во Франціи, какъ при глубокомъ разъѣдающемъ скептицизмѣ, который такъ отличалъ ея политическую мысль, пропорціональное представительство начало казаться какимъ-то философскимъ кам-

---

[1]) См., напримѣръ, манифестъ гр. Парижскаго 15 сентября 1887—приведенъ у d'Eichthal, La souveraineté du peuple p. 191.

[2]) Въ обычной четырехчленной формулѣ наибольшее принципіальное правовое значеніе имѣетъ всеобщность и равенство. Различіе многостепенныхъ и прямыхъ выборовъ можно сопоставить съ различіемъ прямыхъ выборовъ и референдума—это степени непосредственности участія. Что касается до тайнаго и явнаго голосованія, то здѣсь мы имѣемъ хотя и весьма важное, но лишь условіе осуществленія избирательнаго права—условіе, которое составляетъ часть свободы выборовъ. Защита открытаго голосованія, основанная на требованіи гражданскаго мужества у избирателя, есть косвенная защита давленія на выборахъ. Вѣдь подобное давленіе и даетъ проявиться «гражданскому мужеству». Страницы, посвященныя у Милля въ On representative government преимуществамъ открытыхъ выборовъ, поражаютъ своимъ теоретизмомъ.

немъ, способнымъ превращать скудость творческихъ силъ, которая ставилась въ вину современному парламентарному режиму, въ неисчерпаемое богатство [1]). Аналогичныя, хотя менѣе преувеличенныя надежды, возлагаются на пропорціональное представительство въ Соединенныхъ Штатахъ [2]).

Нѣтъ никакого сомнѣнія, что основныя проблемы современнаго государства вовсе не разрѣшаются пропорціональнымъ представительствомъ, что оно не перерождаетъ парламентской жизни, какъ не переродило ея въ Бельгіи. Однако, съ точки зрѣнія правовой, существуютъ неоспоримыя достоинства представительства пропорціональнаго сравнительно съ мажоритарнымъ. При первомъ голосъ избирателя, остающагося въ меньшинствѣ, все же оказываетъ извѣстное вліяніе на составъ представительнаго собранія, и въ этомъ смыслѣ преимущество большинства не увеличивается еще искусственно. Далѣе избирателямъ дается бóльшая свобода соединяться въ группировки, соотвѣтствующія ихъ интересамъ и стремленіямъ; они не въ такой мѣрѣ привязаны къ территоріальнымъ союзамъ, къ установленнымъ избирательнымъ округамъ [3]). Поэтому пропорціональное представи-

---

[1]) Чрезвычайно любопытно сопоставить новѣйшія писанія Бенуа, этого фанатика пропорціонализма (хотя бы его Pour la réforme électorale) со страницами, посвященными пропорціональному представительству въ La crise de l'état moderne, p. 143 etc.

[2]) Commons, Proportional representation: пропорціональное представительство—надежное средство противъ безотвѣтственной организаціи партій и противъ gerrymanders; оно важно для правильной соціальной дѣятельности государства (p. 234) и является въ особенности могущественнымъ орудіемъ оздоровленія американской муниципальной жизни.

[3]) Юридическая конструкція пропорціональнаго представительства въ отличіе отъ мажоритарнаго у Cahn, Das Verhältnisswahlsystem, S. 60 u. s. w.: при мажоритарномъ порядкѣ избирательное волеизъявленіе исходитъ отъ установленнаго округа (der Bezirk), при пропорціональномъ—отъ свободно образованной изъ жителей страны группы избирателей: получается контрастъ freie Gruppierung и fixe Gruppierung. Cp. Springer Mehrheits- oder Volksvertretung, S. 9 (примѣнительно къ Австріи). Близко къ нему подходитъ Kunwald, Ueber den eigentlichen Grundgedanken des proportionalen Wahlsystems— хотя авторъ относится къ пропорціональному представительству отрицательно (S. 19—das Moment des persönlichen Vertrauens erscheint in den proportionalistischen Systemen verfälscht). Cp. Siegfried, Die Proportionalwahl, S. 62.

тельство есть, повидимому, единственное средство не нарушать началъ равноправія въ мѣстностяхъ со смѣшаннымъ въ племенномъ смыслѣ населеніемъ—тамъ, гдѣ невозможно выдѣлить національные округа, не вызывая нареканій съ той или съ другой стороны [1]). Но главная его правовая цѣнность—въ признаніи правъ меньшинства, которое въ концѣ концовъ есть развитіе началъ равнаго права, принадлежащихъ каждому отдѣльному члену государственнаго союза [2]). Эта морально-правовая цѣнность въ большей мѣрѣ оправдываетъ интересъ къ нему, чѣмъ непосредственное его вліяніе на парламентскую дѣятельность [3]).

Разбирая вопросы организаціи народнаго представиительства, невозможно пройти мимо его раздѣленія на двѣ палаты—раздѣленія, которое является общимъ правиломъ, тогда какъ однопалатность—сравнительно рѣдкимъ исключеніемъ.

Двухпалатное устройство сложилось весьма задолго до того времени, когда начались попытки его раціонализировать. Англійскій парламентъ раздѣлился на двѣ части, которыя намѣчались при самомъ его образованіи въ XIII вѣкѣ: одну составили члены, являющіеся по личному приглашенію, другую—представители, избираемые на основаніи приглашеній, посылаемыхъ шерифамъ [4]). Этому различію въ XIV—XV вѣкѣ со-

[1]) Въ этомъ смыслѣ пропорціональное представительство имѣетъ всѣ преимущества передъ системой національныхъ курій.

[2]) Объ исторіи, значеніи и предѣлахъ права меньшинства изящный этюдъ Іеллинека, Das Recht der Minoritäten. О пропорціональномъ представительствѣ—см. его Besondere Staatslehre въ Ausgewählte Schriften und Reden, B. II, S. 221. Cp. M i l l, Considerations on representativ government, ch. VII: of the true and false democracy; Autobiographie (2 ed.) p. 255; F o u i l l é, La democratie politique et sociale en France, p. 41.

[3]) Безъ преувеличеній и суевѣрныхъ представленій о возможныхъ результатахъ пропорціональнаго представительства, но съ яснымъ сознаніемъ его политическихъ преимуществъ написана двухтомная работа S a r i p o l o s, La démocratie et l'élection proportionnelle, особенно Conclusion, v. II, p. 463.

[4]) Stubbs, Constitutional history, v. II, p. 187; 234 etc., v. III, p. 430. Зейдель въ Vorträge aus dem allgemeinen Staatsrecht, S. 255, готовъ признать двухпалатную систему случайностью—тѣмъ, что именно Англія дала при-

отвѣтствовало различіе функцій, при чемъ идея представительства тѣсно сплетается съ правомъ вотировать налоги и вообще давать денежныя субсидіи. Все развитіе двухъ палатъ и ихъ взаимодѣйствіе носило совершенно самобытный характеръ, который нельзя оторвать отъ англійскихъ условій и который совсѣмъ не имѣетъ подобія во французскихъ генеральныхъ штатахъ. Много вѣковъ существовали общины и лорды, много поколѣній видѣли въ нихъ необходимую принадлежность традиціонной англійской конституціи, которой не могли сломить бури XVII вѣка, прежде чѣмъ Монтескье нашелъ оправданіе двухпалатности въ требованіяхъ соціальнаго равновѣсія: вѣдь для высшаго класса участіе на общемъ правѣ въ общемъ представительствѣ будетъ казаться не свободой, а порабощеніемъ. [1]) А въ политической американской литературѣ, современной созданію конституцій отдѣльныхъ штатовъ и конституціи союза, необходимость двухъ палатъ является почти всеобщимъ убѣжденіемъ [2]). Двухпалатная система первоначально распространялась подъ вліяніемъ положительнаго примѣра Англіи; къ нему присоединился и отрицательный примѣръ французской конституціи 1791 г. [3]), и такъ сложился

мѣръ конституціоннаго устройства для другихъ странъ. Если бы этого не было и конституціонный строй на континентѣ вышелъ непосредственно изъ сословнаго, можетъ быть въ обычай вошла бы многопалатность, присущая сословнымъ штатамъ.

[1]) Esprit des lois, XI, 6 со словъ: «il y a toujour dans un état des gens déstingués» etc.

[2]) «The Federalist», столь подробно разбирающій организацію и компетенцію сената, почти не касается общаго вопроса о двухъ палатахъ; наличность ихъ признается какъ бы общепринятой. Ср. Madison, The Journal of the Debates in the Convention, v. I—засѣданія 20 и 21 іюня 1787 г.

[3]) Нерасположеніе къ двухпалатности, сказавшееся въ конституантѣ, объяснялось и дворянскими опасеніями (по словамъ мадамъ Сталь, Considérations sur la révolution française, ed. Charpentier, v. I, p. 116: «les aristocrates se croyaient dépouillés par cette institution») и демократическими настроеніями, отголосками коихъ явились рѣчи Рабо Сентъ Этьена. Ср. М. М. Ковалевскій, Происхожденіе современной демократіи, т. II, с. 257—288. Опасность рѣшенія конституанты въ смыслѣ возможности парламентскаго деспотизма указана было уже Бёркомъ.—Замѣчательно, что норвежская конституція 1814 г., созданная подъ такимъ вліяніемъ французской 1791 г., принявшая изъ этой послѣдней отсрочивающее veto, раздѣлила все-таки одинаково избираемый стортингъ на лагдингъ и одельстингъ (ст. 73 и сл.).

образъ особой сдерживающей функціи, присущей верхнимъ палатамъ, которой должно соотвѣтствовать и особое ихъ устройство.

Въ настоящее время трудно говорить объ этой функціи, въ виду крайняго разнообразія въ организаціи верхнихъ палатъ. Мы имѣемъ въ нашемъ политическомъ опытѣ и палату наслѣдственныхъ англійскихъ лордовъ, и палату пожизненно назначаемыхъ королемъ итальянскихъ сенаторовъ, и палату французскихъ сенаторовъ, выбранныхъ всеобщимъ многостепеннымъ избирательнымъ правомъ. Мы имѣемъ еще чаще смѣшанныя палаты, гдѣ выборные члены сидятъ вмѣстѣ съ членами de droit, гдѣ наслѣдственное право уравновѣшивается полномочіемъ главы государства назначать по собственному усмотрѣнію или изъ группы кандидатовъ и. т. п. Верхняя палата въ Японіи заключаетъ въ себѣ и наслѣдственныхъ, и назначенныхъ, и выборныхъ членовъ. Удѣльный вѣсъ этихъ палатъ весьма различенъ, и устанавливая его никоимъ образомъ нельзя ограничиваться только текстомъ конституціи. Но намъ нѣтъ необходимости въ настоящую минуту останавливаться на тѣхъ историческихъ силахъ, которыя воплотились въ верхнихъ палатахъ, и на политическихъ замыслахъ, которые предносились творцамъ двухпалатныхъ конституцій; насъ интересуетъ здѣсь лишь ихъ оцѣнка во свѣтѣ правового принципа, при чемъ только приходится повторять, что такая оцѣнка не единственная, которой должна руководиться воля государственнаго дѣятеля и законодателя.

Очевидно, доводъ Монтескье политическій, а не правовой. Правовымъ онъ могъ бы сдѣлаться въ томъ лишь случаѣ, если бы за извѣстными классами признано было *право* на особое участіе въ государственной жизни, если бы эта привилегія мыслилась выраженіемъ своеобразной распредѣлительной справедливости. Но даже участіе въ палатѣ лордовъ вовсе не вытекало изъ такой классовой привилегіи. Въ настоящее время она несовмѣстима съ гражданскимъ равноправіемъ, и наличность верхней палаты можетъ быть оправдана—съ занимающей насъ точки зрѣнія—лишь желательностью создать субъективныя публичныя права помимо тѣхъ, которыя даютъ гражданину возможность осуществлять общую избирательную

функцію. Что такая желательность можетъ признаваться, заставляетъ предполагать самый фактъ распространенія верхнихъ палатъ, и при томъ въ странахъ, подобныхъ англійскимъ автономнымъ колоніямъ, гдѣ нѣтъ многовѣковой традиціи наслѣдственныхъ лордовъ, гдѣ государственная жизнь созидается заново [1]). Едва ли рѣшеніе творцовъ австралійской конституціи образовать сенатъ изъ 6 представителей отъ каждаго штата наряду съ нижней палатой отъ всего населенія объяснялось въ какой-бы то ни было степени желаніемъ устроить свою палату колоніальныхъ лордовъ.

Здѣсь имѣются въ виду главнымъ образомъ субъективныя права, связанныя съ принадлежностью гражданъ къ особымъ союзамъ. Не нужно распространяться о томъ, насколько фактъ такой принадлежности можетъ вліять на жизнь и интересы человѣка. Мысль Руссо уничтожить всѣ средостѣнія между всемогущей всеобщей волей и отдѣльнымъ гражданиномъ есть мысль столь же реакціонная, сколь и утопическая; съ точки зрѣнія права это участіе въ извѣстныхъ союзахъ заслуживаетъ самой внимательной защиты, заслуживаетъ оно и представительства. Могутъ возражать, здѣсь какъ будто нарушается принципъ чистаго равноправія, который принимаетъ, выражаясь схоластическимъ языкомъ, лишь члена государственнаго союза simpliciter а не secundum quid. Но не нарушаетъ ли его всякое федеративное государство, какъ бы демократически организовано оно ни было? Вѣдь здѣсь въ извѣстномъ смыслѣ признаются равноправными отдѣльные входящіе государства, штаты и кантоны, хотя они могутъ весьма различествовать по территоріи и населенію. Эти единицы, вошедшія въ составъ цѣлаго, и въ силу историческихъ условій, которыя въ настоящее время, можетъ быть, существенно измѣнились, они создали въ своихъ предѣлахъ крѣпко сплоченные союзы съ особой солидарностью членовъ; представительство этихъ единицъ вытекаетъ изъ признанія ихъ правовой личности, въ которомъ выражается не только благосклонность и политическій расчетъ законодателя, но и его готовность suum cuique tribuere.

---

[1]) Keith, v. I, p. 514.

Для насъ невозможно остаться при пониманіи равенства у Руссо [1]). Юридическое бытіе въ современномъ обществѣ не можетъ быть ограничиваемо физическими личностями, ихъ правоотношеніями. Иначе существенно умалялись бы права самихъ личностей. Крайній индивидуалистическій атомизмъ ведетъ къ крайнему государственному абсолютизму. Глубокое основаніе двухпалатности лежитъ въ положительной оцѣнкѣ этой квалифицированной такъ сказать солидарности, отличной отъ солидарности общегражданской. Возразятъ, что тогда нелогично останавливаться на двухъ палатахъ, а нужно придти къ тремъ, четыремъ и т. п. въ соотвѣтствіи съ развитіемъ въ современной жизни такихъ союзовъ. Но подобное осложненіе законодательнаго аппарата само представляло бы огромныя неудобства, и поэтому въ настоящее время мы нигдѣ не видимъ ни трехпалатной ни четырехпалатной системы. Впрочемъ, ошибочно было бы думать, что число такихъ союзовъ, принадлежность къ которымъ имѣетъ для гражданина длительное жизненное значеніе, очень велико.

И въ унитарномъ государствѣ современныя верхнія палаты часто являются представительствомъ мѣстныхъ самоуправляющихся единицъ,—представительствомъ, пріуроченнымъ къ органамъ мѣстнаго самоуправленія. Впервые въ Европѣ подобнаго типа палата создана была въ Нидерландахъ въ 1848 г. преобразователемъ всей голландской конституціонной жизни Торбеке: она есть представительство провинціальныхъ штатовъ [2]); послѣ этотъ типъ распространяется и среди другихъ государствъ.

Мотивы подобнаго устройства понятны; они, конечно, лежатъ не только въ томъ, что органы мѣстнаго самоуправленія уже существуютъ, и ими можно воспользоваться, какъ избирательными коллегіями [3]): они вытекаютъ изъ признанія огром-

[1]) Нечего говорить, что концепція равенства отнюдь не выдержана въ произведеніяхъ самого Руссо,—и здѣсь сказываются коренныя противорѣчія между Contrat social и его политическими экспертизами.

[2]) Нидерландская констит., ст. 82. Ср. Pyfferoen, Du sénat en France et dans les Pays-Bas, p. 73; Ferron, De la division du pouvoir législatif en deux chambres, p. 254.

[3]) Есть существенное различіе между выборами двухстепенными черезъ посредство особыхъ избирательныхъ коллегій и выборами отъ учре-

ныхъ экономическихъ и культурныхъ интересовъ, связанныхъ съ самоуправленіемъ. Участіе въ мѣстной жизни есть, конечно, функція, но человѣкъ, обладающій муниципальнымъ избирательнымъ правомъ, получаетъ въ силу этого именно субъективное право осуществлять данную функцію. Здѣсь полное подобіе выборамъ политическимъ, хотя избирательныя квалификаціи естественно различны [1]). Поскольку представительство въ верхней палатѣ должно обезпечить права мѣстныхъ союзовъ и вниманіе государства къ этимъ послѣднимъ, постольку право оказывать опредѣленное въ законѣ вліяніе на составъ подобной верхней палаты есть расширеніе уже существующаго субъективнаго права муниципальнаго или земскаго избирателя. Мѣстный интересъ не есть классовый интересъ, направленный противъ другихъ классовъ; по своему синтетическому характеру онъ въ маломъ видѣ подобенъ общегосударственному—не даромъ иногда представляется столь спорной граница между несуверепнымъ государствомъ и автономной провинціей. Здѣсь объединяются люди весьма различнаго соціальнаго положенія: мы имѣемъ передъ собой, такъ сказать, горизонтальное, а не вертикальное дѣленіе членовъ государственнаго союза. Представительство его уже потому не заключаетъ никакаго оттѣнка привилегіи, что рядомъ съ даннымъ союзомъ существуютъ и другіе того же рода. О привилегіи можно было бы говорить лишь въ томъ случаѣ, если бы мѣстное самоуправленіе распространено было бы только на часть территоріи даннаго государства, а другая часть была бы его лишена. Вообще же при безпристрастіи и доброй волѣ законодателя здѣсь вполнѣ осуществима равномѣрность, и при томъ въ формахъ, такъ сказать, объективно убѣдительныхъ.

Можетъ казаться, представительство мѣстныхъ учрежденій

жденій. Д. С. Милль, являясь безусловнымъ противникомъ двухстепенности, не отрицалъ, что выборы отъ учрежденій могутъ представлять весьма цѣнныя преимущества; здѣсь, между прочимъ, онъ ссылался на высокій уровень американскаго сената. On representative government, ch. 9. Извѣстно, что Токвилль это превосходство сената надъ нижней палатой конгресса приводилъ, какъ доказательство въ пользу двухстепенныхъ выборовъ.

[1]) Въ мѣстномъ избирательномъ правѣ неизбѣженъ цензъ осѣдлости; налоговой цензъ въ извѣстныхъ предѣлахъ не вызываетъ тѣхъ правовыхъ возраженій, которыя противъ него имѣются при выборахъ политическихъ.

есть разновидность представительства интересовъ, хотя интересовъ болѣе объединяющихъ, чѣмъ обособляющихъ [1]). Многіе видные теоретики находили, что представительство интересовъ въ верхней палатѣ вообще не вызываетъ тѣхъ возраженій, какъ въ нижней, и полезнымъ образомъ дополняетъ «представительство числа»—въ этомъ, напримѣръ, усматривалъ призваніе верхнихъ палатъ Дюги [2]). Дѣйствительно, послѣдствія неравномѣрности, столь трудно устранимой въ представительствѣ интересовъ, значительно ослабляются, если оно имѣетъ мѣсто лишь въ верхней палатѣ. Съ правовой точки зрѣнія нужно только, чтобы избирательный законъ, создавая субъективныя права, не создавалъ сознательно привилегій—давая, напримѣръ, представительство капиталу въ промышленности, давалъ бы его и труду. Такая палата интересовъ не можетъ законодательствовать вопреки нижней палатѣ, не можетъ вести самостоятельной бюджетной политики, но она сохраняетъ важное контролирующее значеніе. Поскольку она дополняетъ представительство всей массы населенія, у нея могутъ быть сравнительно ограниченныя правомочія—напримѣръ, рѣшеніе споровъ между палатами въ конечномъ счетѣ можетъ зависѣть отъ нижней или ея избирателей. Мы видимъ, какъ въ современномъ государствѣ, даже при формальномъ равенствѣ палатъ, устанавливается неравенство фактическое, которое въ силу столь обычнаго процесса превращается въ правовое, какъ, напримѣръ, палата лордовъ задолго до послѣднихъ биллей, формально ее ограничившихъ, могла лишь отсрочивать проекты нижней, при чемъ ихъ судьба разрѣшалась на общихъ выборахъ [3]); еще болѣе это сказывалось въ сферѣ бюджета [4]).

---

[1]) Bildend, bindend und hebend—какъ характеризовалъ Штейнъ воспитательное дѣйствіе самоуправленія.

[2]) Droit constitutionnel, p. 349.

[3]) Можно также напомнить, что первое серьезное сопротивленіе, которое оказалъ венгерскій наслѣдственный «столъ магнатовъ» законопроекту о гражданскомъ бракѣ, привело къ реформѣ 1884 г., которая ограничила наслѣдственное право магнатовъ требованіемъ высокаго ценза и ввела въ верхнюю венгерскую палату членовъ по назначенію короля.

[4]) Buxton, Finance and politics, v. I, p. 212. Jellineck, Der Antheil der ersten Kammern an der Finanzgesetzgebung въ Staatsrechtliche Abhandlungen, Festgabe für Laband, B. I, S. 95. Sussmann, Das Budget-Privileg des Hauses der Gemeinden, S. 209.

Это различіе компетенцій вообще имѣетъ правовое оправданіе и тогда, когда верхняя палата по способу своего образованія гораздо ближе къ нижней, когда, какъ указывалось, она есть представительство мѣстнаго самоуправленія или профессіональныхъ интересовъ [1]). Различіе въ положеніи палатъ восходитъ въ конечномъ счетѣ къ различію въ субъективныхъ правахъ гражданъ и ихъ союзовъ. Опять-таки невозможно имѣть въ виду только эти послѣднія: мыслима защита извѣстнаго типа верхнихъ палатъ, основанная на томъ, что онѣ способны являться носителями опыта и знанія и обогащаютъ законодательное творчество [2]); можно съ этой стороны признавать извѣстный историческій смыслъ даже въ палатахъ съ наслѣдственно и пожизненно назначаемыми членами—но это уже не есть точка зрѣнія, опредѣляемая началомъ правового государства [3]).

---

[1]) Достаточно здѣсь вспомнить споры, которые велись и ведутся въ литературѣ французскаго конституціоннаго права о томъ, въ какихъ предѣлахъ бюджетныя рѣшенія сената могутъ разсматриваться равными по своей силѣ рѣшеніямъ нижней палаты.

[2]) Среди англійскихъ консерваторовъ постоянно указывалось, что палата лордовъ, включающая обычно самыхъ видныхъ представителей британской короны за предѣлами Великобританіи, должна во всякомъ случаѣ остаться органомъ обезпеченія имперскихъ интересовъ, недостаточно близкихъ и понятныхъ обычному составу коммонеровъ. Напр., Dickinson, The development of parliament during the 19 century, p. 178. Надо сказать, что среди лордовъ мы находимъ дѣйствительно чрезвычайно компетентныхъ лицъ въ международныхъ и колоніальныхъ вопросахъ, отчего и обсужденіе здѣсь этихъ вопросовъ представляетъ исключительный интересъ. Можно привести въ примѣръ замѣчательныя пренія въ палатѣ лордовъ въ началѣ 1908 г. по поводу англо-русской конвенціи 31 августа 1907 г.—историческія, можно сказать, рѣчи Керзона и Кромера.— Итальянскій государствовѣдъ и публицистъ Милези въ своей книгѣ, La riforma positiva del governo parlamentare, p. 454, предлагалъ сдѣлать нижнюю палату органомъ законодательства, а верхнюю—органомъ государственной защиты; это дѣленіе соотвѣтствовало бы, по его взгляду, различенію элементовъ силы и права въ государствѣ.

[3]) Принципъ наслѣдственнаго пэрства находится въ явно непримиримомъ противорѣчіи съ тѣмъ, какъ сознается это начало правового государства современными западными демократіями. Впрочемъ и англійскіе консерваторы, указывая на особыя задачи палаты лордовъ, высказываются въ пользу коренной ея реформы. Mc Kechnie, The reform of the House of Lords, p. 62 Cp. Campeggi, La costituzione del senato p. 237. О движеніи въ пользу реформы итальянскаго назначеннаго сената см.

Если двухпалатная система имѣетъ за себя въ настоящее время вѣскія правовыя основанія, изъ этого не слѣдуетъ, что она должна имѣть ихъ за себя всегда. Опасность безотвѣтственнаго деспотизма и законодательнаго произвола одной палаты постепенно уменьшается, по мѣрѣ того какъ самый парламентъ теряетъ свое исключительное положеніе, и вокругъ него образуются всякаго рода организаціи и союзы, къ голосу которыхъ онъ все болѣе долженъ прислушиваться. Могъ ли бы германскій рейхстагъ, готовясь къ новому торговому договору съ Россіей, не обращать вниманія на мнѣнія всякаго рода землевладѣльческихъ, промышленныхъ и торговыхъ организацій? Когда во Франціи проходила послѣдняя реформа средней школы, парламентская коммиссія произвела анкету не только среди представителей научнаго и педагогическаго міра, но также среди всевозможныхъ организацій мѣстныхъ, профессіональныхъ, даже классовыхъ—дабы освѣтить этотъ столь важный, въ національномъ смыслѣ вопросъ съ точки зрѣнія наибольшаго числа различныхъ коренныхъ интересовъ. Въ этихъ внѣпарламентскихъ организаціяхъ какъ бы осуществляется представительство интересовъ. Нужды нѣтъ, что юридически здѣсь налицо имѣется только экспертиза; фактически, такимъ образомъ, парламентъ все болѣе ограничивается въ своей законодательной свободѣ, какъ онъ, съ другой стороны, все болѣе связывается мнѣніемъ націи, выразившимся на новыхъ выборахъ. Если къ этому прибавить растущее усиленіе правительственной власти, то, окажется вѣроятнымъ, что потребность во второй палатѣ должна со временемъ уменьшаться. Интересы, защищаемые этой палатой, права, связанныя съ этими интересами, постепенно пріобрѣтаютъ въ другихъ формахъ не менѣе дѣйствительное обезпеченіе [1]).

интересный обзоръ итальянской конституціонной жизни—Sioto Pintor, Jahrbuch des öffentlichen Rechts, B. II, S. 265.—По поводу верхнихъ палатъ, носящихъ болѣе или менѣе архаическій характеръ, вспоминаются слова Дальмана, написанныя еще въ 1835 г.: «je ärmer eine esrte Kammer an politischem Gewichte ist, um so mehr fragt die oeffentliche Meinung nach der Einsicht und Würde der Mitglieder»—Die Politik, S. 127.

[1]) Небезынтересно отмѣтить, что Антонъ Менгеръ, изображая соціалистическое государство въ его конституціонныхъ очертаніяхъ, предполагаетъ и въ немъ наличность двухъ палатъ.—Neue Staatslehre, S. 179.

Въ современномъ государствѣ народное представительство есть законодательный органъ: это обозначеніе остается правильнымъ, хотя центръ тяжести законодательной работы все болѣе переходитъ на правительство, которое одно фактически въ состояніи осуществлять законодательную иниціативу. Уже полъ вѣка тому назадъ Бэджготъ полагалъ, что законодательная функція парламента менѣе важна, чѣмъ функція избирательная (созданіе отвѣтственнаго правительства), освѣдомляющая, учительская, выражающая [1]). Съ другой стороны, исторически бюджетное право парламента старше его законодательныхъ правомочій; долгое время англійская палата общинъ обладала лишь правомъ петицій. И все-таки, поскольку мы разсматриваемъ конституціонный строй въ аспектѣ правового государства, основой этого строя является правило, что формальный законъ есть актъ, созданный съ согласія народнаго представительства, что, какъ мы видимъ, приводится къ другому правилу: лишь съ согласія народнаго представительства можетъ создаваться и измѣняться правовая норма—всякія изъ этого исключенія должны быть особо оговорены въ конституціонномъ или обычномъ законѣ.

Отсюда явствуетъ, что совершенно опредѣленная юридическая грань раздѣляетъ представительство конституціонное и совѣщательное. Можно убѣдительно доказывать, что введеніе послѣдняго существенно повліяетъ на жизнь государства [2]); юридически верховенство закона останется здѣсь столь же мало обезпеченнымъ, какъ и при чистомъ абсолютизмѣ. А такъ какъ это верховенство есть основное требованіе правового устроенія государства, то послѣднее въ настоящее время невозможно безъ представительства, участвующаго въ осуществленіи законодательной власти. И если это относится ко всякимъ общимъ нормамъ, то особенно необходимо участіе народнаго представительства при измѣненіи старыхъ и созданіи новыхъ правъ и обязанностей, принадлежащихъ физическимъ и юридическимъ

---

[1]) Bagehot, The english constitution (9 ed.), p. 132.

[2]) Классическія страницы относительно политическаго противорѣчія, лежащаго въ совѣщательномъ представительствѣ,—у Б. Н. Чичерина, О народномъ представительствѣ (изд. библіотеки для самообразованія, с. 137 и сл.).

лицамъ [1]). Этому противорѣчитъ, напримѣръ, 97 статья нашихъ основныхъ законовъ если ее истолковывать какъ изъятіе не только процессуальнаго, но и матеріальнаго военно-уголовнаго и военно-морского уголовнаго права изъ вѣдѣнія законодательныхъ учрежденій [2]).

Законодательныя полномочія современныхъ парламентовъ, несмотря на неизмѣнность относящихся сюда конституціонныхъ текстовъ, ограничиваются растущей для нихъ необходимостью считаться съ національнымъ мнѣніемъ и мнѣніемъ компетентныхъ и заинтересованныхъ организацій и лицъ. Конечно, Дюги заходитъ весьма далеко за предѣлы конституціоннаго права, предлагая противопоставить парламентскому произволу право сопротивленія гражданъ [3]); воздержаніе отъ этого произвола до извѣстной степени обезпечивается лишь періодическими возобновленіями палатъ и давленіемъ общественнаго мнѣнія: но самая эта обязанность парламента все болѣе и болѣе разсматривается какъ правовая, а не только моральная,—и несомнѣнно такая новая точка зрѣнія отражаетъ принципъ правового государства, который не можетъ оправдывать парламентскаго абсолютизма. Можно предполагать, что и самое верховенство закона въ будущемъ получитъ выраженіе, значительно отличающееся отъ того, которое ему дается въ рамкахъ классическаго

---

[1]) Даже въ раннихъ нѣмецкихъ конституціяхъ, гдѣ не всѣ законы (въ матеріальномъ смыслѣ) требовали согласія сословныхъ чиновъ, послѣднее устанавливалось для законовъ, касающихся гражданскихъ правъ и обязанностей (баварская, VIII, 2; баденская § 65, etc.). Наши основные законы, несмотря на многочисленныя отступленія отъ типичнаго конституціонализма, предполагаютъ, какъ правило, законодательную форму для всякихъ Rechtsverordnungen и спеціально подтверждаютъ ея требованіе въ области правъ и обязанностей гражданъ (ст. 69—83). Ср. С. Котляревскій, Юридическія предпосылки, с. 25 и сл.

[2]) Въ шведской конституціи, гдѣ законодательная компетенція риксдага болѣе ограничена, чѣмъ обычныя компетенціи парламентовъ, особо оговаривается, что военно-уголовные законы должны проходить черезъ риксдагъ—ст. 87, 1.

[3]) Traité de droit constitutionnel, v. I, p. 149 etc. Здѣсь нельзя ссылаться на Ульстеръ. Право, къ которому апеллировали организаторы ульстерскаго движенія, конечно, не было ни въ какой мѣрѣ положительнымъ правомъ, хотя въ немъ можно было усмотрѣть извѣстную справедливость—ее признало и само правительство Асквита.

конституціоннаго государства, что въ законѣ гораздо явственнѣе будетъ отражаться народное мнѣніе, какъ равнодѣйствующая интересовъ, стремленій и идеаловъ, присущихъ членамъ и группамъ даннаго общества. Но путь къ этому будущему законодательству все же идетъ черезъ дѣйствительное конституціонное представительство, и только черезъ него. Это должна признать всякая критика тѣневыхъ сторонъ современнаго конституціонализма, если она хочетъ остаться на почвѣ опыта и факта, если—употребляя выраженіе, примѣняемое въ области практической политики—она не есть критика безотвѣтственная.

Вторая общепризнанная функція народнаго представительства—бюджетъ; періодическая смѣта государственныхъ доходовъ и расходовъ должна проходить черезъ народное представительство. Правовой смыслъ этого требованія ясенъ: финансовыя жертвы, требуемыя съ населенія, могутъ быть устанавливаемы лишь съ его, косвеннаго хотя бы, согласія и ради цѣлей, на которыя это согласіе дано. Такой порядокъ совершенно обыченъ въ конституціонномъ государствѣ, но юридическая природа бюджетнаго права вызываетъ большіе споры, которые связаны съ его двойственнымъ характеромъ: матеріально бюджетъ есть актъ управленія, формально—актъ законодательный. Во французской, и особенно англійской литературѣ главное вниманіе отводится формальному качеству бюджета, которое ставитъ его въ зависимость отъ парламента; въ нѣмецкой особенно подчеркивается матеріальная сторона и вытекающая отсюда связанность бюджетныхъ вотумовъ парламента дѣйствующими законами. Въ этомъ юридическомъ спорѣ очень ярко выступаютъ политическіе мотивы—стремленіе дать то или другое мѣсто въ данной столь важной области государственной жизни парламенту [1]). Поскольку мы смотримъ на бюджетъ подъ угломъ зрѣнія верховенства права, мы не можемъ терять изъ виду ни одного изъ этихъ элементовъ.

Въ современномъ конституціонномъ государствѣ формально бюджетъ есть законъ, т.-е. его созданіе требуетъ тѣхъ же самыхъ условій, что и созданіе закона; онъ какъ бы признается одинаковымъ по важности съ законами актомъ. Отсюда неправомѣр-

---

[1]) С. Котляревскій, Юридическія предпосылки, с. 75 и сл.

ность всякаго бюджета, который примѣняется безъ парламентскаго утвержденія. Противоположныя мнѣнія Гнейста и Лабанда, являвшіяся чуть ли не господствующими въ нѣмецкой государственно-правовой литературѣ, приводятъ собственно къ полному отрицанію бюджетнаго права за парламентомъ [1]). Вѣроятно, и здѣсь большое мѣсто занимаетъ элементъ условнаго, сложившагося исторически и лишь впослѣдствіи ставшаго предметомъ юридической раціонализаціи. Почему, напримѣръ, мы считаемъ нормальнымъ ежегодные бюджеты, а не многолѣтніе, какъ они были установлены въ раннихъ нѣмецкихъ конституціяхъ, или не раздѣленіе бюджета на чрезвычайный-годичный и обыкновенный-многолѣтній, какъ это было въ Нидерландахъ по конституціи 1815 г. Почему, съ другой стороны, ежегодный вотумъ кажется достаточнымъ, и не предлагается перейти къ полугодовымъ бюджетамъ? Мы просто привыкли думать, что такое ежегодное разсмотрѣніе бюджета даетъ достаточную возможность дѣйствительнаго контроля народнаго представительства [2]). Если въ

---

[1]) Laband, Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der preussischen Verfassungsurkunde und Berücksichtigungen der Verfassung des N. Bundes и Das Staatsrecht des deutschen Reiches, B. IV, S. 490 usw.—Къ Лабанду особенно примыкаетъ Зейдель въ Commentar zur Verfassungsurkunde für das deutsche Reich, S. 387 (Зейдель, впрочемъ, различаетъ два типа бюджетнаго права—баварскій и прусскій) и Георгъ Мейеръ, Der Begriff des Gesetzes und die rechtliche Natur des Staatshaushaltetats—въ Grünhut's Zeitschrift für das privat und oeffentliche Recht der Gegenwart, B. 8, S. 1. Критика Лабанда у Генеля — Studien zum deutschen Staatsrechte, B. II, S. 296.—Нигдѣ тенденціозность Гнейста въ изображеніи англійскаго государственнаго строя не сказывается такъ ярко, какъ въ истолкованіи бюджетнаго права: оказывается, напримѣръ, Appropriation Act есть пустая формальность, просто обязательная для парламента и т. п. См. его Gesetz und Budget, S. 156 usw.; Budget und Gesetz nach dem konstitutionellen Staatsrechte Englands. Даже нѣмецкіе новѣйшіе изслѣдователи англійской конституціи Гачекъ и Редлихъ совершенно отвергаютъ такое пониманіе.—Родственный взглядъ у Мартица въ Betrachtungen über die Verfassung des norddeutschen Bundes, S. 86 и ос. S. 98—«est ist eine unerhörte Frivolität zu behaupten, der Rechtsgrund, aus dem der Staat seine Ausgaben leistet, seine Einnahmen bezieht, sei ein jährlich zu vereinbarendes Gesetz».

[2]) Если бы въ корнѣ измѣнились экономическія и хозяйственныя условія жизни современныхъ народовъ или организація управленія, измѣнились бы, несомнѣнно, и правовыя требованія къ бюджету.

Англіи значительная часть бюджета не подвергается ежегодному разсмотрѣнію и можетъ быть измѣнена только въ законодательномъ порядкѣ, мы не видимъ здѣсь противорѣчія съ правовымъ принципомъ, ибо при парламентарномъ режимѣ различіе порядка законодательнаго и бюджетнаго есть болѣе техническое, чѣмъ принципіальное; законодательное предположеніе нижней палаты обычно можетъ быть только временно отсрочено верхней, если за него выскажутся избиратели; не встрѣтитъ оно на своемъ пути и королевскаго veto, за примѣненіе коего отвѣчаютъ министры. Совсѣмъ другой смыслъ получилъ бы консолидированный фондъ въ странахъ, гдѣ не существуетъ политической отвѣтственности правительства передъ народнымъ представительствомъ [1]).

Матеріально бюджетъ есть актъ управленія. Отсюда правовая недопустимость измѣненія законовъ въ бюджетномъ порядкѣ—измѣненія, путемъ отказа въ средствахъ, безъ которыхъ наличный законъ не можетъ дѣйствовать [2]). Таково было, напримѣръ, предложеніе, вычеркнувъ кредитъ на содержаніе представителя Франціи при Ватиканѣ, уничтожить самое это

---

[1]) Именно съ точки зрѣнія правовой, съ которой бюджетъ формально приравнивается къ закону, имѣетъ безусловныя преимущества австрійскій порядокъ разрѣшенія бюджетныхъ разногласій между палатами рейхсрата (принятіе низшей цифры—основной законъ № 141, 21 дек. 1867, § 13) передъ порядкомъ, установленнымъ въ ст. 12 нашихъ смѣтныхъ правилъ 8 марта 1906 г. (принятіе кредита въ размѣрѣ прошлаго года или въ цифрѣ, къ нему болѣе близкой). Здѣсь кредитъ въ извѣстной части можетъ пройти вопреки мнѣнію одной изъ палатъ, что невозможно при австрійской системѣ.

[2]) Въ нѣмецкой юридической литературѣ существуетъ стремленіе приравнивать къ этой правовой связанности парламента, который долженъ вотировать кредиты, вызываемые дѣйствующими законами, обязанность для парламента обезпечить расходы, которые затрагиваютъ жизненные интересы государства—армію, народное образованіе и т.п. Max von Haekel Das Budget, S. 51; Bornhack, Grundriss des deutschen Staatsrechtes, S. 105 usw. Моль въ Staatsrecht des Königreichs Würtemberg, B. I, S. 629, различаетъ расходы необходимые и полезные, приписывая имъ и разную правовую природу. Очевидно, необходимо различать обязательность морально-политическую и юридическую, создаваемую опредѣленными юридическими титулами—закономъ, договоромъ и т. п.; здѣсь есть явственная качественная разница.

представительство, безъ котораго труднымъ, если не невозможнымъ, казалось правильное выполненіе конкордата. Жалобы на подобныя злоупотребленія парламентскимъ бюджетнымъ правомъ во Франціи весьма обычны [1]), и онѣ укрѣпляютъ мысль о желательности нѣсколько ограничить это право—мысль, которая не проявилась въ законодательствѣ, но которая, несомнѣнно, сказалась на французскомъ парламентскомъ наказѣ [2]). Извѣстно, съ другой стороны, какъ американскій конгрессъ не разъ проводилъ законодательныя мѣропріятія посредствомъ бюджета («tacking», «riders») съ цѣлью обойти возможность президентскаго veto, которое въ подобномъ случаѣ остановило бы весь бюджетъ [3]).

Правовая недопустимость подобныхъ пріемовъ есть обратная сторона верховенства закона; вопросъ лишь въ томъ, какія здѣсь могутъ быть даны гарантіи? Русскія бюджетныя правила 8 марта 1906 г. (ст. 9) и японская конституція (ст. 67) «бронируютъ» расходы, вытекающіе изъ законовъ, и такимъ образомъ предупреждаютъ измѣненіе законовъ въ бюджетномъ порядкѣ [4]). Но что понимать подъ подобными расходами? Здѣсь

---

[1]) Замѣчанія о французской практикѣ у Іеллинека въ его статьѣ: «Bugdetrecht» въ Handwörterbuch der Staatswissenschaften, B. III, S. 314.

[2]) Stourm, Cours de finances. Le Budget 5-ième ed., p. 60.

[3]) Bryce, The american commonwealth., v. I, p. 286.

[4]) Наше бюджетное право идетъ здѣсь даже дальше японскаго. Ст. 67 японской конституціи устанавливаетъ неприкосновенность—и то лишь безъ согласія правительства—расходовъ, «основанныхъ, въ силу конституціи, на принадлежащихъ императору правахъ»,—Ito, Commentaries on the Constitution of the Empire of Japan, p. 142; ст. 9 нашихъ правилъ—неприкосновенность «доходовъ и расходовъ, которые внесены въ проектъ росписи на основаніи» не только «дѣйствующихъ законовъ», но и «положеній, штатовъ, росписаній, а также Высочайшихъ повелѣніей, въ порядкѣ верховнаго управленія послѣдовавшихъ». Очевидно, подъ послѣдними нужно понимать повелѣнія, изданныя до основныхъ законовъ, когда всѣ волеизъявленія Монарха имѣли силу закона. Однако, такое толкованіе, принятое въ третьей государственной думѣ при пересмотрѣ бюджетныхъ правилъ, встрѣтило возраженія правительства и было отклонено въ государственномъ совѣтѣ. Л. Н. Яснопольскій, Вопросъ о забронированныхъ кредитахъ съ правовой точки зрѣнія, Юридическія записки 1912, в. I — II. С. Котляревскій, Юридическія предпосылки, с. 70; Landau, Das Budgetrecht in Russland, S. 82; С. И. Иловайскій, Учебникъ финансоваго права въ переработкѣ Г. И. Тиктина, вып. I, с. 292.

открывается широкій просторъ для произвольныхъ толкованій, для всякихъ случайностей и непослѣдовательностей, менѣе всего могущихъ имѣть правовое оправданіе [1]). Если неудобства сложной и тяжеловѣсной процедуры, установленной въ нашихъ правилахъ 8 марта, нѣсколько смягчаются условными кредитами,—инициатива которыхъ, впрочемъ, можетъ исходить только отъ правительства,—то самое ограниченіе бюджетныхъ правъ народнаго представительства, при которомъ значительная часть думской работы сводится къ провѣркѣ титуловъ расходовъ, ничѣмъ не уравновѣшивается. Гарантіи противъ злоупотребленій бюджетнымъ правомъ оказываются весьма односторонними [2])— и не только съ точки зрѣнія цѣлесообразности, но и права.

Право парламента разсматривать и санкціонировать бюджетъ, повидимому, предполагаетъ и право его отклонить. Въ дѣйствительности, такое отклоненіе нельзя признать правомѣрнымъ [3]). Подобный актъ пріостанавливаетъ ходъ всего государ-

---

[1]) Какъ извѣстно, у насъ степень забронированности смѣтъ различныхъ вѣдомствъ была весьма различна. Примѣры въ докладѣ А. И. Шингарева, Бюджетныя права Государственной Думы,—Труды Императорскаго Вольно-Экономическаго Общества, 1910 г., №№ 4—5.

[2]) Есть глубокая принципіальная разница между забронированностью въ смыслѣ ст. 9 и забронированностью платежей по государственнымъ обязательствамъ, извѣстнаго минимума цивильнаго листа и т. п.,—гдѣ имѣются совершенно опредѣленныя суммы. Само собой разумѣется, принятіе такихъ государственныхъ обязательствъ не можетъ быть сдѣлано безъ согласія народнаго представительства. Въ этомъ смыслѣ особенно неудовлетворительна и опасна своей двусмысленностью редакція ст. 7 нашихъ бюджетныхъ правилъ.

[3]) Здѣсь строго надо различать отклоненіе или неутвержденіе бюджета и простую задержку со стороны парламента, которая совершенно обычна и вызываетъ необходимость расходовать суммы, еще не утвержденныя. Нельзя согласиться съ толкованіемъ у Ландау 14 ст. смѣтныхъ правилъ и 116 о. з.—будто бы здѣсь имѣется въ виду лишь опозданіе съ бюджетомъ.— Das Budgetrecht, S. 231. То же толковачіе дастъ А. А. Алексѣевъ, Очеркъ бюджетнаго права русскихъ законодательныхъ палатъ, с. 65. Ср. Chasle, Le parlement russe, p. 192; Лазаревскій, Русское г. п., т. I, с. 645; Котляревскій, Юридическія предпосылки, с. 86: данныя статьи имѣютъ въ виду и случай неутвержденія бюджета. Поэтому такое неутвержденіе со стороны г. д. или г. с. создаетъ лишь трудности для правительства, но не исключаетъ возможности управлять, оставаясь на легальной почвѣ. Отклоненіе бюджета въ Россіи, какъ и въ Японіи, было бы чистой поли-

ственнаго аппарата, часть котораго составляетъ и парламентъ. Вѣдь юридически послѣднiй есть только органъ государства и осуществляетъ принадлежащую послѣднему власть, а не какое-либо свое субъективное право. Въ средневѣковомъ дуалистическомъ государствѣ сословные чины могли свободно отказывать въ средствахъ монарху, съ которымъ они договаривались, какъ одна сторона съ другой; современное государство едино. Если палата лордовъ въ 1909 году отклонила бюджетъ, это была совершенно необычная, но все же лишь косвенная форма апеляцiи отъ палаты общинъ къ избирателямъ. Можно сказать, что отклоненiе бюджета есть крайнее средство въ рукахъ парламента въ отвѣтъ на незаконныя дѣйствiя правительства. Насколько такое средство цѣлесообразно, это вопросъ политики, реальнаго соотношенiя силъ, но правомѣрнымъ оно не становится вслѣдствiе неправомѣрныхъ правительственныхъ актовъ. Столь же несомнѣнно, съ другой стороны, что и правительство нарушаетъ право, примѣняя отклоненный бюджетъ. Ссылка на государственную необходимость, къ которой прибѣгаетъ въ концѣ концовъ Лабандъ, есть тоже только политическое оправданiе. Получается безъисходный пробѣлъ въ правѣ, какъ на то указывалъ еще Iеллинекъ въ Gesetz und Verordnung [1]).

тической демонстрацiей. Это, впрочемъ, совершенно соотвѣтствуетъ общему стилю нашего бюджетнаго права, весьма отличному отъ господствующаго конституцiоннаго типа.

[1]) S. 303 usw. Ср. статью о бюджетѣ въ Staatslexicon, изданiе Görres-Gesellschaft, B. IV, S. 1490: нельзя во всѣхъ случаяхъ предупредить безбюджетнаго состоянiя, но обѣ стороны—и правительство, и парламентъ—въ равной мѣрѣ обязаны искать путь къ соглашенiю: конфликтъ крайне опасенъ. Весьма здраво освѣщаетъ этотъ вопросъ съ точки зрѣнiя прусской конституцiи Schwarz, Die Verfassungsurkunde für den preussischen Staat, S. 304: отклоненiе бюджета можетъ влечь за собой роспускъ палатъ или уходъ министровъ, но министры никоимъ образомъ не въ правѣ вести государственное управленiе безъ закономъ установленнаго бюджета; если здѣсь на-лицо государственная необходимость, она должна быть откровенно признана, и впослѣдствiи у парламента долженъ быть испрошенъ соотвѣтственный индемнитетъ (какъ его испросилъ и Бисмаркъ послѣ кофликта 1862—6 г.). Saripolos, Das Staatsrecht des Königreichs Griechenland, S. 124, истолковываетъ 59 ст. греческой конституцiи въ томъ смыслѣ, что палата связана дѣйствующими законами въ своихъ бюджетныхъ вотумахъ и можетъ отклонять лишь части бюджета, «die nicht rechtlich not-

Какъ разрѣшаются эти бюджетныя антиноміи съ точки зрѣнія правового государства? Лишь признаніемъ, что народное представительство не можетъ понимать своихъ бюджетныхъ правомочій иначе какъ въ смыслѣ осуществленія актовъ государственнаго властвованія и соотвѣтственно должно ограничивать себя, примѣняя эти правомочія. Должно само—ибо формальное ограниченіе, которое мы видимъ въ японской конституціи и нашихъ о. з., оставляя за народнымъ представительствомъ лишь субсидіарное право, противорѣчитъ самому смыслу бюджета, какъ формальнаго закона, и уничтожаетъ одну изъ важнѣйшихъ конституціонныхъ гарантій.

Въ этомъ правовомъ самоограниченіи, ожидаемомъ отъ парламента, нѣтъ чего-либо исключительнаго. Конституціонныя обязанности высшихъ государственныхъ органовъ остаются обязанностями правовыми; хотя бы нельзя было вынудить ихъ исполненія, хотя бы противъ ихъ нарушенія не существовало никакого рекурса. Правовое государство требуетъ не только извѣстныхъ объективныхъ нормъ, безъ которыхъ не можетъ осуществляться верховенство права, оно требуетъ принципіальной bona fides со стороны представителей власти вообще и особенно со стороны высшихъ государственныхъ органовъ. Отклоненіе бюджета всегда означаетъ глубокій и болѣзненный правовой кризисъ, и поскольку режимъ парламентаризма, политической солидарности представительства и правительства предупреждаетъ подобный конфликтъ, онъ, въ этомъ отношеніи, имѣетъ чисто-правовое преимущество [1]).

wendig sind»; но въ то же время греческая конституція не позволяетъ вводить бюджетъ въ цѣломъ или въ частяхъ, если онъ не принятъ парламентомъ, путемъ указа. Такимъ образомъ и здѣсь какъ-будто нѣтъ вообще правового выхода.

[1]) Цѣнныя и тонкія замѣчанія у Vitagliano, Il contenuto giuridico della legge del bilancio: бюджетный законъ предоставляетъ правительству извѣстную компетенцію, болѣе или менѣе широкую,—это зависитъ отъ соотвѣтствующихъ конституціонныхъ нормъ; безъ такого предоставленія, взимая налоги и производя расходы, правительство уже не дѣйствуетъ, какъ правомѣрный государственный органъ. Именно такой смыслъ имѣетъ отклоненіе бюджета: конфликтъ здѣсь юридически неразрѣшимъ и приводитъ къ столкновенію фактическихъ силъ въ государствѣ—p. 437. Ср. А. А. Алексѣевъ, Юридическое значеніе бюджетнаго закона, Журналъ Министерства Юстиціи, 1913, апрѣль, стр. 46.

Все это вполнѣ приложимо и къ другому праву народнаго представительства, которое родственно его бюджетному праву—опредѣлять военный контингентъ въ той или другой формѣ, опредѣлять размѣры того «налога крови», котораго требуетъ современное государство отъ своихъ подданныхъ [1]).

Третья основная отрасль парламентской дѣятельности—контроль за управленіемъ, также весьма давняго происхожденія, какъ давняя и потребность предупреждать злоупотребленія власти. Въ Англіи обвиненіе королевскихъ совѣтниковъ нижней палатой и судъ надъ ними лордовъ—impeachment—восходитъ къ концу XIV вѣка [2]). Исторія сословныхъ штатовъ въ различныхъ странахъ Европы даетъ множество примѣровъ подобныхъ стремленій у сословій и ихъ представителей слѣдить за управленіемъ страны. Въ нѣмецкихъ территоріяхъ особенно развился институтъ жалобы, приносимой сословными чинами владѣтельному князю на дѣйствія мѣстныхъ властей, институтъ, который перешелъ и въ раннія нѣмецкія конституціи и встрѣтилъ сочувствіе сторонниковъ монархическаго принципа. [3]) Въ современномъ государствѣ эта контролирующая дѣятельность парламента тѣмъ важнѣе, чѣмъ неизбѣжнѣе въ немъ усиленіе правительственной власти, держащей въ своихъ рукахъ нити законодательной и бюджетной работы. Сюда относятся такіе акты парламента, какъ запросы, учрежденіе слѣдственныхъ комиссій и т. п. Ихъ правовой смыслъ совершенно ясенъ: если парламентъ участвуетъ въ осуществленіи законодательной власти, онъ не можетъ быть равнодушнымъ къ исполненію этихъ законовъ [4]).

---

[1]) Англійскій Army Act, возникшій изъ Mutiny Act, даетъ ежегодную легализацію самому существованію арміи—таковой легализаціи требовалъ уже билль о правахъ. Въ большинствѣ европейскихъ государствъ съ режимомъ всеобщей воинской повинности парламентъ рѣшаетъ вопросъ лишь о ежегодномъ контингентѣ или контингентѣ на рядъ лѣта (какъ въ Австріи и Германіи). Характерно, что у англичанъ для флота—этой главной ихъ боевой силы—нѣтъ чего-либо соотвѣтствующаго Army Act.

[2]) Stubbs, Constitutional history, v. II, p. 449, 589.

[3]) Напр., у Stahl, Die Philosophie des Rechtes, B. II, S. 395.

[4]) Извѣстно, что германская имперская конституція формально не знаетъ права рейхстага обращаться съ запросами; однако, отвѣчать на такіе

Гораздо болѣе сомнѣній вызываетъ судебная отвѣтственность министровъ передъ парламентомъ. Она существуетъ почти всюду, но въ различныхъ формахъ: иногда по образцу англійскаго impeachment обвиняетъ нижняя палата, а судитъ верхняя (Соединенные Штаты, Франція, Италія), иногда судитъ обычный высшій судъ (Пруссія, Бельгія, Голландія, Швейцарія) или особо для того создаваемый (Австрія, Швеція, Греція) и обвиненіе принадлежитъ или только нижней палатѣ (Бельгія, Голландія, Швеція, Норвегія), или каждой изъ нихъ (Пруссія, Австрія), или требуется согласіе обѣихъ (Баварія, Саксонія). Характерно, что Іеллинекъ, рѣшительно отрицавшій возможность введенія въ Германіи парламентарнаго режима, но въ то же время признававшій всѣ неблагопріятныя послѣдствія практической безотвѣтственности канцлера—(17 статья имперской конституціи провозгласила эту отвѣтственность, но осталась чисто декларативной)—защищалъ предоставленіе рейхстагу права предавать канцлера суду, если за это рѣшеніе выскажется квалифицированное большинство [1]).

Англійскій impeachment нашелъ такихъ сильныхъ защитниковъ, какъ Монтескье [2]) и Росси [3]). Не подлежитъ, однако, сомнѣнію, что законодательная палата вовсе не представляетъ условій правильнаго и безпристрастнаго отправленія правосудія. Парламентскіе процессы, которые происходили въ Англіи въ эпоху революціоннаго кризиса XVII вѣка, отнюдь въ этомъ смыслѣ не стояли выше процессовъ въ звѣздной палатѣ и

запросы стало въ настоящее время обязанностью канцлера, не только моральной, но и юридической. Laband, Das Staatsrecht des d. Reiches, B. I, S. 283; Seydel, Kommentar, S. 151; даже Арндтъ, столь мало расположенный благопріятно толковать права народнаго представительства, соглашается, что умолчаніе конституціи не означаетъ отрицанія права запросовъ. Die Verfassung des d. Reiches. S. 442.

[1]) Die Verantwortlichkeit des Kanzlers въ Ausgewählte Schriften und Reden, B. II, S. 431.—Справедливыя относительно настоящаго менѣе приложимы къ прошлому слова Passow, Das Wesen der Ministerverantwortlichkeit in Deutschland, S. 57: «die rechtliche Ministerverantwortlichkeit hat in unseren Tagen keine grosse Bedeutung mehr und hat sie in Deutschland—ganz anders wie in England—überhaupt nie gehabt».

[2]) Esprit des lois, XI, 6.

[3]) Cours de droit constitutionnel, recueilli par Porée, v. IV, p. 389.

высокой комиссіи, которые справедливо ставились въ такую вину Стюартамъ. Если въ настоящее время даже парламентская провѣрка выборовъ признается не совсѣмъ соотвѣтствующей характеру парламента—политическаго органа, и въ этомъ смыслѣ теоретически нельзя не отдать рѣшительнаго предпочтенія судебной провѣркѣ, какъ въ Англіи и Венгріи, (она не исключаетъ, что послѣднее слово остается за палатами), то еще несравненно больше такія сомнѣнія и возраженія вызываетъ чисто судебная дѣятельность палатъ. Въ меньшей мѣрѣ это приложимо къ праву палатъ предавать министровъ общему суду, но и здѣсь отсутствуютъ гарантіи политическаго безпристрастія и въ то же время несомнѣнно оказывается самое сильное давленіе на судъ. При томъ самая задача болѣе опредѣленно установить объекты этой отвѣтственности представляетъ, повидимому, неразрѣшимыя трудности. Мы знаемъ неудачу многочисленныхъ попытокъ перечислить случаи министерской отвѣтственности [1]); едва ли онѣ что-нибудь прибавили къ извѣстной резолюціи англійской палаты общинъ въ 1678 г. по дѣлу Дэнби: министръ отвѣчаетъ за нарушеніе «honesty, justice, utility». А въ исторіи XIX вѣка процессъ норвежскаго министерства Сельмера, когда стортингъ настаивалъ на обвиненіи министровъ, несмотря на авторитетное мнѣніе юридическаго факультета въ Христіаніи, несмотря на явную тенденціозность въ истолкованіи соотвѣтственныхъ конституціонныхъ статей,—эта исторія еще разъ обнаружила, какъ трудно ввести такіе политическіе процессы въ рамки подлиннаго правосудія. Судъ долженъ быть одинаково независимъ отъ давленія какъ правительства, такъ и представительства и долженъ вѣдать только нарушеніе закона, отъ кого бы оно не исходило,—это одно изъ элементарныхъ условій правопорядка. Вотъ почему нельзя признать въ рамкахъ современнаго государства, чтобы судебная отвѣтственность министровъ передъ народнымъ представительствомъ имѣла правовое обоснованіе [2]). А какъ форма парла-

[1]) Frisch, Die Verantwortlichkeit der Monarchen und hohen Magistraten, S. 224 usw.

[2]) Съ этой стороны можно принять выводы, которыми, нѣсколько преувеличенно по формѣ ихъ выражая, заканчиваетъ свою общую монографію Лэръ (Lair), Des Hautes-cours politiques en France et à l'étranger, p. 399:

ментскаго контроля за правительственной дѣятельностью она все болѣе уступаетъ мѣсто отвѣтственности политической.

Если бы мы захотѣли классифицировать современныя конституціонныя государства по тому признаку, который въ наибольшей степени отражается на всей ихъ жизни, на всемъ осуществленіи конституціоннаго принципа, едва ли мы могли бы найти что-нибудь болѣе существенное, чѣмъ наличность или отсутствіе такъ называемой политической отвѣтственности министровъ. На этомъ признакѣ покоится различіе парламентарныхъ и дуалистическихъ государствъ. Не даромъ Борнгакъ находилъ, что разстояніе, отдѣляющее монархію дуалистическую отъ абсолютной, менѣе значительно, чѣмъ разстояніе отъ монархіи парламентарной [1]). Уже апріори можно думать, что это контрастъ вовсе не только политическій, что онъ имѣетъ и первостепенное правовое значеніе.

Прежде всего нужно установить содержаніе понятія. Парламентаризмъ, намъ кажется, можетъ быть съ достаточной точностью опредѣленъ такимъ образомъ: это есть режимъ обязательной политической солидарности между правительствомъ и органами, признанными за авторитетное выраженіе народнаго мнѣнія [2]). Понятіе политической солидарности гораздо яснѣе и, что особенно важно, точнѣе, чѣмъ обычно примѣняемое здѣсь понятіе политической отвѣтственности. Какая можетъ быть отвѣтственность тамъ, гдѣ нѣтъ ни вины, ни профессіональнаго риска [3]). Съ другой стороны, именно новѣйшая эволюція парламентаризма, при которой центръ тяжести переносится на избирателей, и участь правительства зависитъ не столько отъ

предоставленіе парламенту такого судебнаго права—гибельная ошибка, и ея не избѣгъ французскій законъ 1875 г., допустившій обращеніе сената въ верховный судъ: «justice et politique n'ont rien de commun, et même nous ne savons pas de plus mortels ennemis».

[1]) Grundriss des deutschen Staatsrechtes, S. 243.

[2]) Котляревскій, Сущность парламентаризма; Юридическій Вѣстникъ, кн. II, стр. 93.

[3]) Слово «отвѣтственность» можетъ имѣть здѣсь только историческое оправданіе: требованіе политической солидарности министерства съ парламентомъ имѣетъ въ виду въ общемъ ту же цѣль, что ранѣе предполагалась судебной отвѣтственностью министерства. Но извѣстно, насколько различные институты могутъ выполнять однородную функцію.

парламентскихъ вотумовъ, сколько отъ исхода общихъ выборовъ, заставляетъ говорить не столько о солидарности съ палатами, сколько—въ болѣе общей формѣ—о солидарности съ органами-выразителями общественнаго мнѣнія (сюда могутъ подойти и избиратели). Противоположный строй, гдѣ подобной обязательной солидарности нѣтъ, можно называть дуалистическимъ. Слово это, какъ намъ кажется, удачно выражаетъ отсутствіе единства, отличающее эти государства; но самая группа государствъ, построенная только по этому отрицательному признаку, охватываетъ слишкомъ разнородныя группы. Здѣсь есть конституціонныя монархіи, на подобіе Пруссіи, Японіи и Россіи, гдѣ министерство политически признается зависящимъ лишь отъ монарха; здѣсь есть республики въ родѣ Соединенныхъ Штатовъ, конституціи которыхъ построены на началѣ полнаго раздѣленія властей. Наконецъ, отсутствуютъ признаки парламентаризма и въ Швейцаріи, гдѣ, однако, нѣтъ указанной двойственности: правительство (союзный совѣтъ) зависитъ отъ представительства (союзнаго собранія), выбирается этимъ послѣднимъ и является относительно него простымъ агентомъ. Поэтому едва ли не предпочтительно оставить терминъ дуалистическій только для конституціонныхъ монархій типа Пруссіи, Японіи, Россіи и т. п.

Парламентарный строй въ Англіи выросъ исторически безъ малѣйшаго вліянія какихъ-нибудь отвлеченныхъ доктринъ или теорій, выросъ постепенно такъ, что его трудно пріурочить къ какой-нибудь хронологической датѣ; долго онъ не составлялъ части англійской конституціи (Блэкстонъ могъ совершенно обойти его молчаніемъ), не былъ закрѣпленъ ни въ одномъ законодательномъ актѣ; ни кабинетъ, ни глава его не имѣли никакого оффиціальнаго существованія [1]). Выражаясь терминами Дайси, англійскій парламентаризмъ весь былъ основанъ на conventions, а не на law [2]). Это отчасти объясняетъ, почему сложилось представленіе, будто правила парламентаризма суть

[1]) Low, The governance of England, p. 15, 33; Lowell, The Government of England, v. I, p. 53; Anson, The law and the custom of the constitution (3 ed.), v. II, par. 1, p. 97 etc. Blauvelt, The development of cabinet government in England, p. 1 etc.

[2]) Cp. Ridges. Constitutional law of England p. 3.

политическія, а не юридическія; будто мы имѣемъ здѣсь лишь отраженіе чисто фактическихъ состояній, а не совокупность правъ и обязанностей. Пилоти въ своей работѣ Auctorität und Staatsgewalt доходитъ до того, что изображаетъ англійскаго короля въ какомъ-то фактическомъ плѣну у парламента и сравниваетъ ихъ отношенія съ отношеніями калифа и эмира въ Багдадѣ, шогуна и микадо въ дореформенной Японіи [1]). На самомъ дѣлѣ подобныя сопоставленія свидѣтельствуютъ лишь о полномъ непониманіи англійской государственной жизни. Никто лучше Дайси не указываетъ, насколько при парламентарномъ строѣ нарушеніе этихъ конвенціонныхъ нормъ приводитъ рано или поздно—и скорѣе рано, чѣмъ поздно—къ столкновенію съ закономъ. По удачному выраженію Радницкаго, мы имѣемъ здѣсь «посредственно дѣйствующее право» (mittelbar geltendes Recht) [2])—но все же право: область послѣдняго не можетъ ограничиваться областью англійскаго law [3]).

Несомнѣнно, въ сложившемся парламентарномъ строѣ обязательность солидарности представительства и правительства есть обязательность правовая, а не только морально-политическая. Едва ли для установленія этого практично анализировать переживанія членовъ государственнаго союза, которыя обычно достаточно неотчетливы и существенно разнятся между собой [4]). Возможно, напримѣръ, что глава государства не считаетъ себя связаннымъ при выборѣ министерства парламентскимъ большинствомъ, а въ глазахъ послѣдняго правомѣрно лишь министерство, которое пользуется его довѣріемъ. Подобное положеніе, повидимому, имѣло мѣсто въ Венгріи [5]) и

---

[1]) Въ Jahrbuch der internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft, B. VI—VII, Ab. 1, S. 551.

[2]) Dispositives und mittelbar geltendes Recht,—въ Archiv für das öffentliche Recht», B. 21, S. 380.

[3]) Это вполнѣ подтверждается и наблюденіями надъ парламентаризмомъ въ англійскихъ колоніяхъ.—Keith, Responsible Government in the Dominions, v. I, p. 301.

[4]) Какъ дѣлаетъ это К. Н. Соколовъ въ своей книгѣ «Парламентаризмъ», прилагая, намъ кажется, безъ особаго успѣха категоріи, заимствованныя изъ теоріи права Л. І. Петражицкаго.

[5]) Въ этомъ смыслѣ весьма интересна по постановкѣ вопроса статья Steinbach, Gesetzmässige und parlamentarische Regierung in Ungarn;

въ Даніи во время многолѣтняго конфликта между Эструпомъ и фолькетингомъ, окончившагося побѣдой палаты. Но подобныя разногласія оцѣнокъ возможны и по другимъ поводамъ—относительно предѣловъ королевской прерогативы, парламентскаго бюджетнаго права и т. п. Важно, что при сложившемся парламентарномъ строѣ указанная солидарность признается условіемъ правомѣрнаго существованія правительства, равнымъ по своей обязательности другимъ конституціоннымъ нормамъ. Когда Макъ Магонъ въ 1877 г. назначилъ министерство, не пользовавшееся довѣріемъ палаты, послѣдняя признала это актомъ не только политически безразсуднымъ, но и прямо антиконституціоннымъ и, не давая министерству бюджета, заставила Макъ Магона призвать къ власти республиканскій кабинетъ. Сама по себѣ солидарность правительства и палатъ и при дуалистическомъ строѣ и при американскомъ режимѣ считается благомъ, но она здѣсь не есть правовая необходимость.

Трудность лежитъ въ томъ, что между чистымъ парламентаризмомъ и чистымъ дуализмомъ существуетъ рядъ постепенностей, и не всегда безспорно объективно могутъ здѣсь быть проведены грани. Но важно, что современное конституціонное государство вообще развивается въ сторону парламентарнаго строя[1]). Неосуществимость чистаго дуализма сказывалась посте-

---

Jahrbuch des öffentlichen Rechts, B. I, S 168: было ли минитерство Фейервари закономѣрнымъ? Андраши находилъ, что закономѣрнымъ можетъ быть лишь управленіе, согласное съ конституціей, а послѣдняя требуетъ парламентаризма (III законъ 1848). Это невѣрно, по мнѣнію Штейнбаха: парламентаризмъ можно было бы обосновывать лишь на обычномъ правѣ; съ 1867 г., въ теченіе 38 лѣтъ, Венгрія жила подъ господствомъ одной партіи и ни разу не было выражено вотума недовѣрія правительству; такимъ образомъ согласіе парламента и правительства образовалось фактически, и нельзя доказать, что здѣсь фактъ перешелъ въ норму. Поэтому и министерство Фейервари формально не можетъ быть признано незаконнымъ.—Характеристика первоначально сложившагося въ Венгріи парламентаризма въ эпоху, когда къ власти призвана была партія Деака,—у Bertha, La Hongrie moderne, p. 161.

[1]) Совершенно не оправдались многочисленныя пессимистическія предсказанія на этотъ счетъ, напр., у Mosca, Sulla teoria dei governi et sul governo parlamentare, p. 313: парламентаризмъ во Франціи и Италіи имѣетъ весьма мало общихъ чертъ съ англійскимъ и не можетъ быть прочнымъ, какъ онъ есть въ теперешнемъ видѣ (il regime parlamentare puro, quale

пенно даже въ такихъ государствахъ, какъ Пруссія и Германія, не говоря уже объ Австріи. Въ Швеціи выработалась исторически система контроля риксдага за членами государственнаго совѣта и министрами, которые признаются отвѣтственными за совѣты, подаваемые королю [1]), хотя сами по себѣ эти совѣты для короля необязательны. Этотъ порядокъ соотвѣтствуетъ своеобразному стилю шведской конституціи [2]), но постепенно онъ уступаетъ мѣсто порядку, приближающемуся къ парламентаризму [3]). Если въ Японіи конституція отвергаетъ всякую (даже судебную) отвѣтственность министровъ передъ палатами, вообще даетъ послѣднимъ весьма ограниченныя полномочія, все же недавнія событія здѣсь, паденіе кабинета Кацуры и призваніе къ власти коалиціоннаго министерства Ямамоты, показываютъ признаки знаменательной эволюціи въ томъ же направленіи [4]).

l'abbiamo ora in Italia, quale e in Francia); онъ долженъ уступить мѣсто порядку, болѣе близкому къ дуалистическому типу.

[1]) К. 1866, ст. 9—13; 105—107.

[2]) См. отзывъ Тегнера, относящійся къ 1823 г., приведенъ у Nordenflycht, Die schwedische Staatsverfassung, S. 359.

[3]) Fahlbeck, La constitution suédoise, p. 236. Авторъ настаиваетъ на томъ, что парламентаризмъ совершенно не соотвѣтствуетъ традиціонному смыслу шведской конституціи и характеру шведскихъ партій, слишкомъ связанныхъ съ опредѣленными соціальными интересами,—но процессъ тѣмъ не менѣе идетъ въ сторону парламентаризма. Въ новѣйшей работѣ: «Die Regierungsform Schwedens» Фальбекъ характеризуетъ шведскій строй, какъ дуалистическій парламентаризмъ, въ отличіе отъ парламентаризма Англіи (der einheitliche englische и der dualistische schwedische Parlamentarismus—S. XXII). О дуализмѣ шведской конституціи, S. 270. Ср. Morgenstiern, Das Staatsrecht des Königreichs Norwegen, S. 46.

[4]) Поучительно сопоставить эти новѣйшія событія съ неудачной попыткой въ 1898 г. создать парламентарное министерство Окума-Итагаки, которое должно было опираться на коалицію «либераловъ» и «прогрессистовъ», объединившихся въ партію «кенсеито». Объ этомъ опытѣ у Dumolard, Le Japon politique, économique et social, p. 37 и 42.—О конституціонныхъ нормахъ, опредѣляющихъ положеніе министровъ въ Японіи—Ito, Comentaries (по поводу 55 ст. конституціи), p. 93 etc.—особ. p. 102; его заключеніе «the ministers are directly responsible to the Emperor and indirectly to the people». Однако, большинство японскихъ комментаторовъ, писавшихъ по крайней мѣрѣ на европейскихъ языкахъ (напр. Jodourou, La constitution de l'empire du Japon, p. 124; Takematsu, Etudes sur la constitution du Japon, p. 176) не признаютъ за этой косвенной отвѣтственностью какого-либо опредѣленнаго значенія.

Въ Россіи вопросъ о министерствѣ отвѣтственномъ и опирающемся на довѣріе государственной думы поставленъ на политическую очередь событіями европейской войны. Съ другой стороны, и Соединенные Штаты не остались при началѣ полнаго раздѣленія властей, въ которомъ творцы американской конституціи думали видѣть ея основу: она уже нарушена тѣмъ «управленіемъ черезъ комитеты конгресса» (congressional government), которое такъ ярко изобразилъ Вильсонъвъ книгѣ съ тѣмъ же заглавіемъ (Congressional government).

Неужели эта эволюція какъ и постепенное распространеніе парламентаризма, понимаемаго достаточно широко, въ самыхъ разнообразныхъ географическихъ и культурныхъ районахъ, есть только выраженіе факта политическаго перевѣса и не имѣетъ никакого правового базиса? До сихъ поръ нѣмецкая литература склонна отказывать парламентаризму въ этомъ базисѣ. Основной мотивъ дѣлаемыхъ возраженій заключается въ томъ, что парламентаризмъ есть господство политическихъ партій, а право по существу безпартійно и потому подобное господство не можетъ отвѣчать требованіямъ правосознанія [1]).

Здѣсь заключается недоразумѣніе. Парламентаризмъ предполагаетъ солидарность правительства не съ партіями, а съ представительствомъ, которое, конечно, и въ парламентарныхъ и въ непарламентарныхъ странахъ раздѣляется по партіямъ; но самое представительство въ современномъ парламентаризмѣ разсматривается, какъ авторитетное выраженіе народнаго мнѣнія, а вовсе не какъ привилегированная и безотвѣтственная корпорація; поэтому отъ него можно апелировать къ избирателямъ. Историческій англійскій парламентаризмъ возникъ въ связи съ наличностью двухъ классическихъ партій Англіи, и несомнѣнно эта партійная двойственность существенно ему содѣйствовала: при паденіи виговъ власть естественно переходила къ торіямъ и обратно. Но самъ по себѣ парламентаризмъ вовсе не предполагаетъ какой-то гипертрофіи партійности: господство безотвѣтственныхъ партій противоположно его основному принципу. Впрочемъ, при американскомъ строѣ раздѣленія властей это господство упрочилось гораздо сильнѣе

---

[1]) Очень характерно, напр., у Ofner, Gefahr des Parlamentarismus für das Recht, Archiv für das öffentliche Recht, B. 18, S. 235: парламентаризмъ—«Maioritätsdespotismus gemässigt durch Obstruktion».

и въ несравненно болѣе оскорбляющей правосознаніе формѣ, чѣмъ въ парламентарныхъ странахъ Европы, гдѣ Spoils system никогда не была признана чѣмъ-то естественнымъ и законнымъ. И въ практикѣ дуалистическихъ государствъ мы знаемъ примѣры, весьма отрицательные, дѣятельности правительства, независимаго отъ парламента, но зависимаго отъ безотвѣтственныхъ и случайныхъ лицъ и группъ,—дѣятельности, приводящей къ великому соблазну общественнаго мнѣнія и народной совѣсти. Въ минуты великихъ испытаній для государства и народа мы видимъ, какъ парламентарныя страны призываютъ къ власти кабинеты, въ которые входятъ и представители парламентскаго большинства и оппозиціи; такъ было въ Англіи, Франціи и Бельгіи въ 1914 г.

Основной принципъ парламентаризма—требованіе солидарности правительства съ органомъ или органами, которые признаются авторитетными выразителями народнаго мнѣнія,—находится въ полномъ соотвѣтствіи съ принципомъ правового государства: здѣсь въ возможной мѣрѣ устранима противоположность между природой государственной власти и предъявляемыми къ ней извнѣ требованіями правового самоограниченія. Можно сказать, поскольку задача, поставленная Руссо въ Contrat social, разрѣшима вообще, она разрѣшается для современнаго государства съ наибольшимъ успѣхомъ при парламентаризмѣ. Но современное общество съ его рѣзкими контрастами въ распредѣленіи матеріальныхъ и духовныхъ благъ, съ его напряженной классовой борьбой, хотя и протекающей въ рамкахъ внѣшняго порядка, съ его глубокимъ и притязательнымъ индивидуализмомъ—похоже ли оно сколько-нибудь на простой и мирный бытъ, который рисовался Руссо? Пусть парламентаризмъ не есть господство партій; но, заставляя власть слѣдовать за общественными силами, онъ превращается въ господство классовъ, т. е. въ господство болѣе сильныхъ надъ болѣе слабыми. Съ этой точки зрѣнія парламентаризмъ часто критиковали сторонники такъ называемой соціальной монархіи, особенно въ Германіи. Они воспроизводили мысль Лоренца Штейна, что государство не должно, такъ сказать, растворяться въ обществѣ: если общественный порядокъ построенъ на зависимости однихъ классовъ отъ другихъ, то задача государственной вла-

сти—подняться надъ противоположностью ихъ интересовъ и охранить соціально-слабые элементы; для этого же сама государственная власть должна быть достаточно независима отъ общества, что не имѣетъ мѣста при парламентаризмѣ. Подобныя обвиненія предъявляетъ ему и современный синдикализмъ, хотя, конечно, исходя изъ совершенно иныхъ предпосылокъ и стремясь къ инымъ цѣлямъ.

Ясно, въ чемъ заключалась ошибка Л. Штейна: одинаково преувеличены и его оптимизмъ относительно государства, и пессимизмъ—относительно общества [1]). Искать самодовлѣющей государственной власти, которая не связана была бы ни съ какими интересами, представленными въ данномъ обществѣ, значитъ гнаться за призракомъ. Съ другой стороны, не всѣ общественныя отношенія выражаютъ только господство сильныхъ надъ слабыми: отношенія между классами вовсе не обречены на подобную фатальную неподвижность. Подъемъ благосостоянія общественныхъ низовъ совершается отнюдь не только принудительной дѣятельностью государства, но и самодѣятельностью заинтересованныхъ классовъ, какъ это явствуетъ изъ исторіи хотя бы кооперативнаго движенія, англійскихъ трэдъюніоновъ и т. д. Великая соціальная задача самого государства—укрѣпить эту самодѣятельность. Утрируя мысль Л. Штейна, можно было бы признать, что наиболѣе благопріятно для соціальныхъ реформъ всесильное государство въ безсильномъ обществѣ. Тогда мы придемъ къ идеалу парагвайскаго государства іезуитовъ, этому предостерегающему примѣру того,

---

[1]) Лоренцъ Штейнъ въ общемъ, можно сказать, остался при утопической идеѣ государства, которую мы находимъ у Гегеля, для коего государство есть осуществленіе нравственности, полное единство индивидуальнаго и всеобщаго; Grundlinien der Philosophie des Rechtes, § 33.—Въ новѣйшей философіи эта крайняя идеализація государства особенно ярко выражена у Когена въ его «Этикѣ чистой воли»: индивидуумъ не можетъ быть даже противополагаемъ государству, такъ какъ лишь въ государствѣ возможно его развитіе. Ходъ мысли здѣсь у Когена представляетъ любопытныя внѣшнія подобія, при полной внутренней чуждости, съ ходомъ мысли въ платоновской республикѣ. Конкретный паѳосъ Платона обращается у нѣмецкаго философа въ чисто отвлеченное построеніе. Когенъ совершенно проходитъ мимо одной изъ основныхъ антиномій современной культуры—личности и цѣлаго. Ethik des reinen Willens, oc. S. 231 usw.

до чего можетъ дойти попечительный гувернементализмъ[1]). И если не итти такъ далеко, не будетъ ли всякій конституціонный строй слишкомъ зависимъ отъ общественныхъ классовъ, и не нужно ли тогда отдать предпочтеніе благодѣтельному абсолютизму, вернуться къ le bon prince физіократовъ. Парламентаризмъ способенъ отражать всякія классовыя взаимоотношенія— и ожесточенную ихъ борьбу, которая едва сдерживается въ предѣлахъ легальности, и достигнутую соціальными реформами относительную степень согласія, и безпощадную въ преслѣдованіи своихъ интересовъ олигархію, и подлинную, проникнутую увѣренностью въ своихъ силахъ, демократію. Еще менѣе, чѣмъ другія политическія формы, можетъ онъ уйти отъ демократической эволюціи, которая совершается во всѣхъ европейскихъ обществахъ. И, если право безпартійно, никакъ нельзя сказать, что оно можетъ быть совершенно оторвано отъ этихъ общественныхъ взаимоотношеній, которыя отражаются необходимымъ образомъ и въ парламентарномъ строѣ. Ни право, ни государство нельзя мыслить находящимися внѣ соціальной среды.

Другой распространенный предразсудокъ—сомнѣніе въ способности парламентаризма создать сильную власть: эта власть здѣсь привязана къ общественнымъ классамъ и политическимъ партіямъ, а такое ея ограниченіе отымаетъ у нея самостоятельность и энергію, превращаетъ ее въ простое отраженіе смѣняющихся общественныхъ настроеній. Если бы парламентаризмъ дѣйствительно былъ пораженъ такимъ недугомъ, онъ не имѣлъ бы не только будущаго, но и настоящаго. Вся обстановка, въ которой живетъ современное государство, увеличиваетъ запросъ на сильное правительство; но можно ли сомнѣваться, что англійскій кабинетъ есть одно изъ самыхъ сильныхъ въ мірѣ правительствъ? Связь съ общественными классами есть въ то же время связь съ національнымъ довѣріемъ, другую сторону котораго составляетъ отвѣтственность: то и другое суть несомнѣнныя гарантіи равновѣсія между государственной властью и общественнымъ правомъ. Самая солидарность съ органами народнаго

---

[1]) Изображеніе того, какъ этотъ режимъ приводилъ къ настоящему вырожденію населенія—у Gothein, Der christlich-soziale Staat der Jesuiten in Paraguai, S. 51.

мнѣнія, требуемая отъ парламентарнаго министерства, вовсе не есть подчиненіе этимъ органамъ: она предполагаетъ широкую автономію правительства, отъ котораго ожидаютъ творческой дѣятельности, а не пассивнаго выполненія чужихъ предначертаній. Въ этомъ коренное различіе между парламентарнымъ строемъ и государственнымъ порядкомъ въ Швейцаріи[1]).

Наконецъ, нисколько не вытекаетъ изъ парламентаризма и господство партійно-политическихъ мотивовъ въ текущемъ управленіи. Измѣненія въ правительствѣ могутъ совсѣмъ не затрогивать того административнаго аппарата, при помощи котораго удовлетворяются ежедневныя, такъ сказать, потребности государственной жизни. Напротивъ того, при парламентаризмѣ легче раздѣлить правительство, связанное этой обязательной политической солидарностью, и управленіе, преслѣдующее техническія задачи. Политическій непотизмъ столь же мало составляетъ необходимую принадлежность парламентарнаго строя, сколь мало, напримѣръ, высокія качества, признававшіяся за прусской бюрократіей, суть всеобщая принадлежность всякаго дуалистическаго государства.

Нужно ли говорить, что и парламентаризмъ, какъ всякая политическая форма, можетъ обращаться, дѣйствительно въ пустую форму, которой совершенно не соотвѣтствуетъ содержаніе, подлежитъ вырожденію? Можно говорить о «Scheinparlamentarismus», какъ и о «Scheinkonstitutionalismus»; солидарность съ народнымъ мнѣніемъ можетъ подмѣниваться солидарностью съ господствующими котеріями. Въ Испаніи несмотря на всеобщее избирательное право и парламентаризмъ выборы много десятковъ лѣтъ всецѣло зависѣли отъ центральнаго правительства и мѣстныхъ касиковъ. Въ балканскихъ государствахъ парламентаризмъ долгое время принималъ форму чисто личной борьбы. Доктринерская вѣра во всемогущую и единоспасающую силу парламентаризма, вѣра въ его осуществимость на всѣхъ стадіяхъ политическаго развитія страны, конечно, обречена на горькія разочарованія[2]). Но это не затрогиваетъ

[1]) Хотя и здѣсь практика значительно отличается отъ конституціонной теоріи.—Barthélemy, Le role du pouvoir exécutif p. 256 etc.

[2]) Вопросъ о предпосылкахъ реальной возможности парламентаризма лежитъ за предѣлами нашей темы, но не подлежитъ сомнѣнію, что такія

самаго принципа парламентарнаго строя въ широкомъ смыслѣ слова, не измѣняетъ и того несомнѣннаго факта, что въ его сторону развиваются конституціонныя государства очень различнаго типа и съ очень различной обстановкой, не устраняетъ и несомнѣннаго сродства между этимъ развитіемъ и стремленіемъ полнѣе воплотить начало правового государства.

Въ глазахъ Руссо правомѣрное управленіе есть механическое выполненіе законовъ, т. е. общей воли. Быть можетъ и здѣсь идеалъ Contrat social есть лишь видоизмѣненный идеалъ французской монархіи стараго порядка? Самый яркій ея представитель, символизировавшій въ своей личности цѣлую эпоху государственнаго развитія, отказывался имѣть перваго министра, который угрожалъ быть слишкомъ могущественнымъ, чтобы остаться въ рамкахъ дѣятельности послушнаго агента. Но какъ бы то ни было, эти идеалы, такъ глубоко отразившіеся и на французской революціи, давно пережиты. Опытъ показалъ, что управленіе никогда не можетъ ограничиваться такой механической дѣятельностью, что ему необходимо присуща нѣкоторая самостоятельность, оцѣнка момента, выборъ средствъ, хотя бы цѣли были точно и категорически установлены закономъ. И если люди XVIII вѣка сосредоточивали главное вниманіе на законодательной дѣятельности государства, полагая, что именно преобразованіе ея есть основное условіе преобразованія общегосударственнаго, то въ XIX вѣкѣ выясняется огромная важность текущей административной работы, не знающей остановокъ, которыя естественны въ работѣ законодателя, и отражающей также безостановочную жизнь самого государства.

предпосылки имѣются не всюду и не вездѣ. Парламентаризму присущъ извѣстный компромиссный характеръ, который часто опорочиваетъ его въ глазахъ сторонниковъ политическаго максимализма, хотя является однимъ изъ основныхъ источниковъ его жизненности. Для него нужны способность и готовность самоограниченія, взаимныхъ уступокъ, присущія группамъ, которыя историческая судьба, традиція, интересъ, идеологія болѣе или менѣе глубоко раздѣлили. Здѣсь можно понять, почему Франція въ эпоху національнаго собранія не могла перейти къ режиму политической солидарности. См. Simonnet, Le gouvernement parlementaire et l'assemblée nationale—oc. p. 29 etc.

Въ этомъ окончательномъ разрушенiи указаннаго предразсудка Руссо и отчасти дѣятелей французской революцiи лежитъ безспорная заслуга Лоренца Штейна; самостоятельный и творческiй характеръ управленiя признанъ современной французской наукой не въ меньшей мѣрѣ чѣмъ нѣмецкой.

Очевидно, такой характеръ управленiя не можетъ отвергаться принципомъ правового государства въ его современномъ пониманiи. Это значило бы отвергать одинъ изъ самыхъ несомнѣнныхъ фактовъ современной государственной дѣйствительности, вызванныхъ соцiологической необходимостью. Но, быть можетъ, самая эта необходимость въ корнѣ неблагопрiятна для укрѣпленiя правовыхъ началъ? Здѣсь всего явственнѣе глубокое различiе старой естественно-правовой и современной точекъ зрѣнiя. Для послѣдней подобное укрѣпленiе вовсе не означаетъ буквальнаго, такъ сказать, подчиненiя государства праву, сведенiя его цѣли къ реализацiи права. Правовое государство въ современномъ пониманiи, предоставляя органамъ управленiя всю инициативу и весь просторъ, соотвѣтственный ихъ расширяющимся задачамъ, ожидая отъ нихъ напряженной энергiи, требуетъ лишь подзаконности и отвѣтственности этихъ органовъ. Подзаконность не нуждается въ поясненiяхъ: ея обязательность признается еще до перехода къ конституцiонному строю, хотя лишь въ послѣднемъ законъ получаетъ точное формальное отличiе отъ административнаго акта. Отсюда недопустимость административнаго усмотрѣнiя contra legem и презумпцiя такой недопустимости praeter legem. Въ особенности, какъ было указано, расширенiе или ограниченiе правъ и обязанностей отдѣльныхъ гражданъ и ихъ союзовъ должно быть основано на опредѣленномъ законѣ.

Принципъ отвѣтственности единый, но онъ получаетъ многообразныя проявленiя, позволяющiя судить, насколько глубоко административный строй государства воспринялъ верховенство права. Въ области гражданско-правовой отвѣтственность должностныхъ лицъ можетъ быть различнымъ образомъ комбинирована съ обязанностью государства вознаграждать за убытки, причиненные дѣйствiями его органовъ. Эта обязанность, которую всего чаще подкрѣпляютъ ссылкой на такъ называемый административный рискъ, дѣйствительно имѣетъ за себя твер-

дое правовое основаніе[1]). Напротивъ, обычное указаніе, что подобное вознагражденіе изъ государственныхъ средствъ нарушаетъ интересы другихъ плательщиковъ налоговъ, представляется совершенно несостоятельнымъ: на этомъ основаніи государство не могло бы приходить съ экстренной и часто по необходимости весьма значительной помощью мѣстностямъ, пострадавшимъ отъ стихійныхъ бѣдствій, не могло бы существовать никакого государственнаго страхованія и т. п. Здѣсь забывается объ извѣстной минимальной обязательной солидарности, своего рода круговой порукѣ, связующей всѣхъ членовъ государственнаго союза. Впрочемъ, такая отвѣтственность казны нисколько не исключаетъ возможности для государства предъявить со своей стороны искъ къ должностному лицу, если онъ является виновникомъ ущерба; получить удовлетвореніе для него по этому иску во всякомъ случаѣ не труднѣе, чѣмъ для частнаго лица. Съ правовой точки зрѣнія важно дѣйствительное обезпеченіе права этого послѣдняго, и здѣсь англійская система, построенная на признаніи безотвѣтственности государства и отвѣтственности его агентовъ, вызываетъ большія возраженія[2]). Такую отвѣтственность государство обычно принимаетъ въ международныхъ отношеніяхъ; нѣтъ основанія, чтобы оно иначе поступало во внутреннихъ. Въ общемъ мы видимъ, какъ право частныхъ лицъ здѣсь постепенно и понимается шире и обезпечивается лучше. Французская практика давно признала, что тамъ, гдѣ пострадавшій не можетъ получить indemnité, ему можетъ и должно быть предоставлено dédommagement par mesure d'équité. Съ процессуальной стороны начало правового государства требуетъ, чтобы установленіе отвѣтственности принадлежало подлиннымъ судебнымъ органамъ; представители администраціи въ этихъ коллегіяхъ могутъ имѣть значеніе только экспертовъ; иначе, въ силу неизбѣжной психологической солидарности, связующей членовъ административнаго персонала, безпристрастная оцѣнка дѣйствій, вызвавшихъ ущербъ, часто будетъ существенно за-

[1]) Н. И. Лазаревскій, Отвѣтственность за убытки, причиненные должностными лицами, стр. 246.

[2]) Ibid. с. 383.

трудняться. Такія возраженія вызываетъ дѣйствующій въ Россіи порядокъ[1]).

Уголовная отвѣтственность должностныхъ лицъ тѣмъ болѣе дѣйствительна, чѣмъ въ большей мѣрѣ она воплощаетъ единство суда: съ точки зрѣнія правового государства административная гарантія не можетъ найти какого-либо оправданія. Извѣстны въ этомъ отношеніи печальные плоды 75 статьи французской конституціи VIII г., которая требовала для возбужденія преслѣдованія должностныхъ лицъ согласія государственнаго совѣта. Не менѣе жалобъ вызываетъ административная гарантія въ Италіи, куда она перешла изъ Пьемонта и, несмотря на сильную критику, сохранилась и въ законахъ о мѣстномъ самоуправленіи 1889 и 1898 г. [2]). Чрезвычайно несовершенно въ правовомъ смыслѣ и русское законодательство объ уголовной отвѣтственности должностныхъ лицъ [3]). Административная гарантія предполагаетъ такое недовѣріе самого государства къ его судебнымъ органамъ, такое опасеніе съ ихъ стороны предвзятости и даже враждебныхъ тенденцій къ лицамъ административнаго персонала, которое отнюдь не соотвѣтствуетъ положенію суда въ правовомъ государствѣ.

Подобное недовѣріе въ значительной степени объясняетъ и чрезвычайную заботливость авторовъ французской конституціи 1791 г. предупредить вмѣшательство суда въ административныя дѣла. Разрѣшеніе этихъ споровъ можетъ быть предоставлено чисто судебному органу, какъ въ Италіи, гдѣ, несмотря на существованіе административной юстиціи, оно дается римскому кассаціонному суду, или судебно- административному, какъ во Франціи и германскихъ государствахъ (Tribunal des conflits; Kompetenzgerichtshof). Противъ этой

---

[1]) Онъ основанъ на статьяхъ 1317, 1320, 1321 и 1322 Устава гражданскаго судопроизводства, которыя предусматриваютъ изятія изъ общаго правила, даннаго въ ст. 1316: «вознагражденіе за вредъ и убытки, причиненные нерадѣніемъ, неосмотрительностью или медленностью должностного лица административнаго вѣдомства, отыскиваются по общимъ правиламъ гражданскаго судопроизводства». Комментаріи у В. М. Гордона, Уставъ гражданскаго судопроизводства, стр. 676.

[2]) Contuzzi, Diritto costituzionale, p. 273.: Della necessita di una legge, che stabilisce l'abolizione della guarentigia amministrativa.

[3]) Уставъ уголовнаго судопроизводства, ст. 1085—1102.

идеи суда компетенціи особенно рѣзко возражалъ Бэръ[1]). Функціи подобнаго трибунала по существу судебныя: онъ долженъ истолковывать законъ, «находить право»,—конечно, не въ смыслѣ субъективнаго права, которымъ не обладаетъ ни одинъ государственный органъ, а въ смыслѣ объективнаго правопорядка. Этому совершенно не соотвѣтствуетъ образъ какого-то состязательнаго процесса между представителями администраціи и юстиціи. Впрочемъ, на практикѣ эти суды компетенціи, несмотря на ихъ смѣшанный составъ, и во Франціи и въ Германіи пріобрѣтаютъ дѣйствительно судебный характеръ, а это и есть основное къ нимъ правовое требованіе.

Гражданская и уголовная отвѣтственность должностныхъ лицъ приводитъ къ вопросу, занимавшему такое большое мѣсто въ нѣмецкой литературѣ о правовомъ государствѣ,—къ вопросу объ административной юстиціи. Неоднократно высказывалось мнѣніе, что она не соотвѣтствуетъ принципу правового верховенства, которое должно проявляться въ единомъ и общемъ судѣ, при чемъ дѣлались ссылки на англо-саксонскій міръ, гдѣ административная юстиція отсутствуетъ. Какъ извѣстно, эта одна изъ основныхъ мыслей Дайси: господство права въ Англіи проявляется, между прочимъ, въ единствѣ суда, создавшемъ такой контрастъ между ней и Франціей[2]). Мнѣніе Дайси подвергъ убѣдительной критикѣ Гудноу[3]), и его приходится брать съ большими оговорками, особенно въ связи съ ростомъ англійскаго управленія и самоуправленія за послѣдніе полвѣка, съ дѣятельностью Local Government Board и т. п. Несомнѣнно, въ Англіи въ силу историческихъ причинъ, а вовсе не отвлеченно-идеологическихъ соображеній, судъ разрѣшаетъ рядъ публично-правовыхъ споровъ, которые на континентѣ вѣдаются особыми учрежденіями. Но и эти послѣднія могутъ быть очень различны въ своей дѣятельности, смотря по тому, преобладаетъ ли въ нихъ административное или судебное начало.

---

[1]) Der Rechtsstaat, S. 102.

[2]) Lectures introductory to thestudy of the Constitution, Ch. XII. Впрочемъ и Дайси не закрываетъ глаза на извѣстныя неудобства этого порядка.

[3]) Goodnow, The Principles of the adminisrative Law of the United States p. 2. Ср. Hatscheck, Englisches Staatsrecht, B. II, S. 649: Hat England ein Verwaltungsrecht?

Извѣстно, какую эволюцію пережилъ въ этомъ смыслѣ французскій государственный совѣтъ и прочіе органы французской административной юстиціи. Токвилль оплакивалъ ошибку дѣятелей 1789 г., которые оставили въ неприкосновенности одну изъ самыхъ темныхъ сторонъ стараго порядка—вмѣшательство администраціи въ область суда[1]). Въ настоящее время французская административная юстиція составляетъ предметъ справедливой національной гордости; дѣятельность ея органовъ сравнивается съ правотворческой дѣятельностью римскихъ преторовъ. Въ частности, несмотря на отсутствіе несмѣняемости, которое, конечно, не можетъ быть оправдано, французскій государственный совѣтъ—conseil d'état déliberant en contentieux—является не въ меньшей мѣрѣ органомъ правосудія, чѣмъ кассаціонный судъ[2]). Постоянно мы здѣсь видимъ, какъ въ случаяхъ, которые раньше давали поводъ лишь для recours gracieux, устанавливается recours contentieux. Не менѣе знаменательно расширеніе въ области recours pour excès de pouvoir et pour incompétence. Здѣсь именно съ точки зрѣнія правового государства огромный интересъ представляетъ выработанное во французской административной юстиціи понятіе détournement de pouvoir[3]); превышеніемъ власти признается дѣйствіе, хотя и не расходящееся съ буквой закона, но предпринятое не по тѣмъ мотивамъ или не ради тѣхъ цѣлей, ради которыхъ данному представителю власти вручена данная компетенція[4]).

---

[1]) L'ancien régime et la révolution, p. 81: «nous avons, il est vrai, chassé la justice de la sphère administrative, où l'ancien régime l'avait laissée s'introduire fort indûment; mais dans le même temps comme on le voit, le gouvernement s'introduisait sans cesse dans la sphère naturelle de la justice, et nous l'y avons laissé; comme si la confusion des pouvoirs n'était pas aussi dangereuse de ce côté que de l'autre et même pire; car l'intervention de la justice dans l'administration ne nuit qu'aux affaires, tandis que l'intervention de l'administration dans la justice deprave les hommes et tend à les rendre tout à la fois révolutionnaires et serviles».

[3]) Есть интересный матеріалъ въ книгѣ С. П. Покровскаго, Государственный совѣтъ во Франціи, какъ органъ административной юстиціи.

[3]) Выраженіе не имѣющее себѣ точныхъ параллелей въ другихъ языкахъ, за исключеніемъ итальянскаго sviamento di potere.

[4]) Первоначально это понятіе прилагалось ко взаимнымъ нарушеніямъ компетенціи администраціи и суда.—Laferrière, Traité de la juridiction administrative, v. II, p. 407. Опредѣленіе détournement de pouvoir

Понятіе détournement de pouvoir шире, чѣмъ понятіе дѣйствія, совершеннаго in fraudem legis: оно предполагаетъ, что всякій административный актъ долженъ имѣть положительное правовое обоснованіе. Здѣсь мы имѣемъ не только внѣшне-ограничительное истолкованіе полномочія, но и новое внутреннее его пониманіе и въ то же время совершенное освобожденіе отъ столь живучаго патримоніальнаго взгляда на власть вообще. Въ этомъ новомъ пониманіи, которое раскрывается въ данномъ институтѣ, власть есть только орудіе достиженія соціальныхъ цѣлей: должностное лицо въ столь же малой степени собственникъ этого орудія, какъ механикъ—собственникъ управляемой имъ машины. Съ другой стороны, мы присутствуемъ здѣсь при созданіи aequitas въ публичномъ правѣ, созданіи, которое имѣетъ, можно думать, великое будущее и которое было облегчено наличностью административныхъ трибуналовъ съ ихъ бóльшимъ просторомъ въ рѣшеніяхъ, чѣмъ обычные суды [1]). Конечно, и во Франціи административная юстиція не представляетъ чего-нибудь логически завершеннаго: вопросы, напримѣръ, прямого обложенія подлежатъ вѣдѣнію ея органовъ, а обложенія косвеннаго—вѣдѣнію общихъ судовъ [2]); послѣдніе также не лишены извѣстныхъ административно-судебныхъ полно-

---

какъ нарушеніе мотивовъ законодателя, предоставившаго данныя полномочія должностному лицу—у Aucoc, Conférences sur l'administration et le droit administratif, v. I, p. 526. Id. y Jacquelin, Les principes dominants du contentieux administratif, p. 251: здѣсь имѣется въ виду «le détournement de la déstination du pouvoir»; по Laferrière, v. II, p. 548—«abus du mandat, que l'administrateur a reçu». Господствующій взглядъ (Лаферьеръ, Дюги) видитъ здѣсь нарушеніе закона; по Оріу, détournement de pouvoir нарушаетъ скорѣе moralité administrative.—Précis de droit administratif, p. 432. Весьма тонкій и въ то же время полный анализъ этого института въ книгѣ Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen, S. 115 u. s. w. (oc. S. 157, 263).—Интересныя параллели въ австрійскомъ административномъ правѣ указаны въ статьѣ Tezner, Das détournement de pouvoir und die deutsche Rechtsbeschwerde—въ Jahrbuch des öffentlichen Rechts, B. V.

[1]) Hauriоux, Les élements du contentieux—Recueil de légis. de Toulouse, 1905 p. 2.

[2]) Исключенія, касающіяся участія административной юстиціи въ дѣлахъ о косвенныхъ налогахъ у Berthélemy, Traité élementaire de droit administratif, p. 866.

мочій[1]). Съ другой стороны, извѣстная доля этихъ полномочій остается за министрами, что уже дѣйствительно нарушаетъ принципъ раздѣленія властей въ самомъ важномъ его правовомъ смыслѣ. Но въ общемъ развитіе французскаго публичнаго права характеризуется стремленіемъ возможно широко понять правовыя обязанности, лежащія на администраціи, и потребность въ такомъ пониманіи только усугубляется развитіемъ французскаго бюрократическаго аппарата и сравнительной слабостью здѣсь мѣстнаго самоуправленія.

Такимъ образомъ принципъ правового государства осуществляется и въ англійской системѣ, тяготѣющей къ единству суда, и во французской административной юстиціи[2]). Первая система стремится обезпечить правомѣрность управленія, сосредоточивъ свое главное вниманіе на отвѣтственности администратора, вторая—на законности административнаго акта. Первая носитъ болѣе субъективный, вторая—болѣе объективный характеръ. Различіе этихъ системъ представляетъ, конечно, принципіальный интересъ, и передъ законодателемъ, естественно, встаетъ вопросъ, какая изъ нихъ обезпечиваетъ болѣе прочные навыки уваженія къ праву у носителей власти и у подвластныхъ. Но ихъ объединяетъ мысль, что и въ области публичной констатированіе права —его наличности и его нарушенія—есть актъ правосудія, осуществляется ли онъ общими судами или особыми органами, которые по своему составу и по своей процедурѣ представляютъ необходимыя гарантіи.

Мы уже говорили о растущей въ современномъ государствѣ потребности въ мѣстномъ самоуправленіи—потребности не только технически-административной, но и правовой. Степень широты самоуправленія въ предѣлахъ даннаго государства есть одинъ изъ самыхъ главныхъ признаковъ того, насколько оно способно осуществлять принципъ правового государства. Не будетъ преувеличеніемъ сказать, что въ современной обстановкѣ

---

[1]) Напримѣръ, въ дѣлахъ, касающихся expropriation pour cause d'utilité publique.—Code civil, art. 545.

[2]) Dareste, La justice administrative en France, p. 668, указываетъ на двусмысленность понятія «unité de juridiction»; его во всякомъ случаѣ нельзя брать буквально, какъ отрицаніе различныхъ юрисдикціонныхъ формъ и соотвѣтственнаго раздѣленія труда.

мѣстное самоуправленіе есть такая же необходимая предпосылка этого осуществленія, какъ и конституціонный строй. Указанному принципу отвѣчаетъ лишь контроль за закономѣрностью дѣйствій мѣстныхъ органовъ, но ему противорѣчитъ контроль за цѣлесообразностью, ибо такой контроль нарушаетъ самую природу самоуправленія. Это основное правовое возраженіе, которое вызываютъ дѣйствующія у насъ земское и городовое положенія [1]). Съ другой стороны, и закономѣрность должна пониматься здѣсь въ томъ широкомъ смыслѣ, при которомъ ея нарушеніемъ признается всякое détournement de pouvoir— хотя примѣнительно къ органамъ самоуправленія установить это понятіе, не посягая на ихъ самостоятельность, представляетъ довольно трудную проблему не только въ техническомъ, но и въ правовомъ смыслѣ.

Можно допустить, что въ отдаленномъ будущемъ даже всѣ чисто административныя функціи перейдутъ къ органамъ мѣстнаго самоуправленія, и роль центральной власти ограничится задачами надзора, при чемъ послѣднее слово будетъ оставаться за правосудіемъ—общимъ или административнымъ. Такъ, быть можетъ, найденъ будетъ способъ создать управленіе, которое представляетъ наибольшій просторъ самостоятельности мѣстныхъ союзовъ при полномъ обезпеченіи—не только соблюденія ихъ органами формально установленной компетенціи, но и осуществленія этой компетенціи въ духѣ и цѣляхъ закона. Конечно, столь коренныя реформа государственной организаціи должна быть подготовлена цѣлымъ рядомъ условій—и правовыхъ, и соціальныхъ—и не могла бы явиться лишь плодомъ новаго теоретическаго взгляда на взаимоотношенія между центромъ и периферіей въ государствѣ. Поэтому здѣсь и не приходится говорить о чемъ-либо бо́льшемъ, чѣмъ предположенія и вѣроятія, которыя въ настоящее время не могутъ претендовать на особенное вниманіе политика-практика. Но самый путь, идущій въ эту сторону, есть безъ сомнѣнія путь къ болѣе полному воплощенію правового государства [1]).

---

[1]) 87 ст. земскаго и 83 ст. городового положенія.

[1]) Мы не касаемся чрезвычайно важныхъ техническихъ сторонъ подобнаго преобразованія, напримѣръ, обезпеченія за мѣстными органами

Совершенно ясно, какое мѣсто въ современномъ государствѣ, стремящемся къ подобному воплощенію, принадлежитъ суду. Въ порядкѣ историческомъ—это первый государственный органъ, въ которомъ явственно сказалось начало правового самоограниченія. Даже въ эпоху законченнаго абсолютизма судебная власть пользуется извѣстной самостоятельностью [1]). Правда, французскій король обладалъ правомъ эвокаціи, ибо, какъ училъ Деломмо, существуетъ принципъ: a rege omnes iurisdictiones procedunt, sicut omnia flumina per meatus terrae fluunt a mari et ad mare refluunt [2]). Такому представленію о неизсякаемомъ источникѣ судебной власти французскіе парламенты противопоставили другое: эта власть уже отчуждена продажей судебныхъ должностей, и несмѣняемость вытекаетъ не только изъ естественнаго, но и изъ положительнаго права [3]). Въ Пруссіи Фридрихъ II отказывается отъ распространенныхъ ранѣе Machtsprüche—произвольныхъ рѣшеній, которыми территоріальный князь могъ заканчивать любое гражданское и уголовное дѣло, вмѣшавшись въ дѣятельность суда. Въ Англіи вмѣстѣ съ нарушеніемъ бюджетныхъ правъ парламента главнымъ источникомъ конфликтовъ съ короной въ XVII вѣкѣ являлись нарушенія судебной самостоятельности и практика экстренныхъ судовъ; тому и другому полагалъ конецъ билль о правахъ.

необходимыхъ финансовыхъ средствъ, черезъ расширеніе мѣстнаго обложенія за счетъ общегосударственнаго, или черезъ дотаціи. Послѣднія при извѣстныхъ условіяхъ представляютъ весьма цѣлесообразную форму удовлетворенія мѣстныхъ пользъ и нуждъ и въ то же время могутъ нисколько не нарушать самостоятельности мѣстныхъ органовъ внѣ предѣловъ, устанавливаемыхъ при дотаціи.

[1]) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, B. I, S. 41.

[2]) Maximes générales du droit francois, lib. I, ch. 3 (ed. de Rouen 1665) p. 7: «de sorte que où le Roy est présent, tous les Magistrats n'ont point de puissance, non plus qu'en la présence du Soleil... toutes les lumières célestes n'ont point de clarté, au contraire la perdent du tout.»—Cp. lib. II, ch. 1.

[3]) «L'inamovibilité des offices des magistrats préscrite par le droit naturel dans tout l'Etat monarchique et par le droit positif du Royaume». Chatelet, 7 мая 1771 г.—приведено у G. Koch, Beiträge zur Geschichte der politischen Ideen und der Regierungspraxis, B II, S. 30.—Защита судейской несмѣняемости, восходящей еще къ ордонансу 1467 г. и признанной дѣйствующимъ правомъ, напр., въ представленіи парижскаго парламента 4 апрѣля 1759 г. въ Remontrances du parlement de Paris, v. II, p. 180.

Задолго до раздѣленія законодательства и управленія совершилось отдѣленіе суда отъ другихъ государственныхъ властей. Въ Россіи судебная реформа 1864 г. признала подобную самостоятельность суда [1]),—признала ее въ такихъ широкихъ предѣлахъ, которые представителямъ опредѣленныхъ политическихъ взглядовъ казались несовмѣстимыми съ существомъ самодержавно-монархическаго строя [2]). Поэтому при переходѣ къ конституціонализму судъ обычно менѣе всего измѣняется въ своемъ положеніи.

Изъ принципа правового государства вытекаетъ требованіе независимости суда, которое выражается прежде всего въ судебной несмѣняемости. Съ этой стороны большія и законныя сомнѣнія вызываетъ институтъ выборности судей, сомнѣнія весьма подкрѣпленныя опытомъ Америки. Въ Соединенныхъ Штатахъ мы замѣчаемъ растущее теченіе въ пользу удлиненія срока, на который выбираются судьи, т. е., въ сущности, въ пользу ограниченія выборнаго начала [3]). Далѣе вытекаетъ требованіе подсудности общему суду, какъ выраженіе равенства передъ закономъ. Можно такъ или иначе оцѣнивать судъ присяжныхъ,—наиболѣе сильные въ пользу его доводы скорѣе политическаго, чѣмъ судебнаго характера,—но разъ онъ является въ данномъ государствѣ общимъ судомъ, всякія отклоненія отъ него суть ограниченія правового принципа, нуждающіяся, разумѣется, не въ простыхъ ссылкахъ на государственную необходимость, которыми здѣсь такъ легко злоупотреблять, а въ весьма вѣскихъ оправданіяхъ. Всего рѣзче это умаленіе правового статуса проявляется въ расширенной юрисдикціи

---

[1]) Это выразилось между прочимъ въ 10 ст. уст. гр. суд. и 12 уст. уг. суд.; и здѣсь и тамъ «воспрещается останавливать рѣшеніе дѣла подъ предлогомъ неполноты, неясности, (недостатка—только въ 10 ст. уст. гр. с.) или противорѣчія законовъ».

[2]) Engelmann, Das Staatsrecht des russischen Reiches, S. 158; судебная реформа Александра II отдѣлила Gerichtsbarkeit и Ausübung der Justizhoheit: лишь вторая осталась у монарха. Здѣсь мы видимъ обычное у нѣмецкихъ теоретиковъ монархическаго принципа различеніе власти quo ad jus и quo ad exercitium.

[3]) Интересныя соображенія у Bryce, The american commonwealth, v. II p. 119—почему выборность судей въ Америкѣ не привела къ еще худшимъ результатамъ.

военныхъ судовъ—и не случайно во многихъ конституціяхъ это расширеніе обставляется особыми конституціонными гарантіями [1]). По мѣрѣ развитія правовыхъ требованій, обращенныхъ къ государственному порядку, все живѣе чувствуется, что примѣненіе военнаго суда вообще должно ограничиваться предѣлами безусловно необходимаго; таковымъ оно можетъ являться лишь въ арміи, и на театрѣ внѣшней или внутренней войны [2]).

Вообще говоря, нѣтъ правовыхъ возраженій противъ спеціальныхъ судовъ, пріуроченныхъ къ спеціальнымъ интересамъ—промышленнымъ, торговымъ и т. п. Они оправдываются требованіемъ раздѣленія труда и его профессіонализаціи, и ихъ роль отчасти могутъ выполнять даже вольныя третейскія камеры [3]). Напротивъ, полную силу имѣютъ возраженія противъ всякаго рода сословныхъ судовъ, когда за ними признаются не только сословно-дисциплинарныя, но и общесудебныя полномочія. Таковы нашъ волостные суды, юрисдикція которыхъ охватывала самые разнообразные моменты въ жизни крестьянина, а вовсе не только опредѣленные профессіональные интересы. Поэтому окончательное уравненіе крестьянъ съ другими сословіями предполагало бы и ихъ отмѣну, если бы даже еще не произошло полной ликвидаціи всѣхъ пережитковъ сословнаго строя и естественной группировки по классамъ при послѣдовательно проведенномъ режимѣ гражданскаго равноправія [4]).

---

[1]) Характерно, что даже въ Австріи передача административныхъ функцій военнымъ властямъ въ какой-нибудь мѣстности совершается императорскимъ указомъ, а введеніе военнаго суда, вмѣсто гражданскаго, требуетъ законодательнаго акта.—Ulbrich, Handbuch der österreichischen Verwaltung, B. II, S. 242.

[2]) Мнѣніе Наполеона, высказанное имъ при обсужденіи уголовнаго кодекса 1808 г., вошло впослѣдствіи въ Acte additionnel 22 апр. 1815 г.: «les délits militaires sont seuls du ressort des tribunaux militaires; tous les autres délits même commis par des militaires, sont de la compétence des tribunaux civils». Berthélemy, Traité de droit administratif, p. 395.

[3]) Профессіональныя группы обладаютъ вообще цѣнными средствами психологическаго воздѣйствія на своихъ сочленовъ, и эти средства могутъ быть использованы безъ нарушенія справедливости, въ интересахъ экономіи силъ и обезпеченія общаго правового оборота. Nothnagel, Execution durch sociale Interessengruppen, особ. Cap. I (S. 1—35) и V (S. 208—221).

[4]) Большую сложность представляетъ вопросъ о правовой допу-

Мы видѣли, какіе вопросы связаны съ установленіемъ границъ между управленіемъ и судомъ въ соотвѣтствіи съ началами правового государства. На первый взглядъ легче, кажется, установить границы власти судебной и законодательной. Среди французскихъ административистовъ распространенъ взглядъ, по нашему мнѣнію совершенно непріемлемый, будто судебная власть есть только отрасль исполнительной [1],—но никто не отождествляетъ судебной функціи съ законодательной. Не подлежитъ, однако, сомнѣнію, что существуютъ такія правовые пробѣлы (отъ нихъ не свободенъ самый совершенный гражданскій кодексъ), встрѣчаясь съ которыми судья для даннаго случая невольно долженъ заступить мѣсто законодателя, выполнять роль, которая ratione materiae ближе подходитъ къ послѣднему [2]). Иногда онъ не можетъ при этомъ опираться на простую аналогію; австрійскій кодексъ разрѣшаетъ ему здѣсь руководствоваться естественнымъ правомъ [3]). Можно во-

---

стимости обычая, возникшаго среди извѣстной своеобразной въ соціальномъ или культурномъ смыслѣ группы. Какъ примирить его съ началомъ общаго, единаго права? Въ настоящее время мы не можемъ здѣсь стоять на почвѣ крайняго легализма. Можно себѣ представить извѣстную автономію обычая, столь же согласную съ началомъ правового государства, какъ автономія вообще.

[1]) Судебная власть констатируетъ существующее право (объективное или субъективное) или его нарушеніе; административная власть создаетъ новыя правовыя отношенія: ей присущъ активный характеръ, чуждый судебной дѣятельности, присуща и психологія, рѣзко отличная отъ психологіи суда. Эти различія не могутъ затушевываться общимъ требованіемъ закономѣрности: оно имѣетъ различный смыслъ для судьи и для администратора, дѣйствія котораго должны быть оправдываемы и цѣлесообразностью.

[2]) 1 статья швейцарскаго гражданскаго уложенія прямо признаетъ эти пробѣлы неизбѣжными. Разборъ ея у Martin, Observations sur les pouvoirs attribués au juge par le code civil suisse, p. 45. Ср. Code civil, art. 4.

[3]) § 7: «lässt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muss auf ähnliche in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle und auf Gründe anderen damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft, so muss solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden». По объясненію Stubenrauch, Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, B. I, S. 60, здѣсь «nicht irgend ein bestimmtes abstractes System der Rechtsphilosophie, sondern das

все не принимать крайнихъ выводовъ, которые отсюда дѣлаютъ сторонники «freie Rechtsfindung», можно и должно видѣть опасности, которыя заключаются въ подобномъ распыленіи, такъ сказать, единаго законодательнаго акта[1])—и все же въ извѣстныхъ предѣлахъ такая свобода судьи не можетъ исключаться правовымъ государствомъ уже потому, что она неизбѣжна[2]); тамъ, гдѣ судью не связываетъ буква закона, никогда не способнаго охватить жизненнаго многообразія и стать въ уровень съ жизненнымъ темпомъ, онъ связанъ его духомъ, а открыть этотъ послѣдній онъ далеко не всегда можетъ, оставаясь въ предѣлахъ строгаго положительнаго права и не восходя къ его, если угодно, естественно-правовымъ предпосылкамъ[3]). Ви-

---

natürliche System unseres positiven Rechtes zu verstehen, das wie jedes positives Recht in dem gemeinsamen Rechtsbewusstsein wurzelt». Напротивъ, Unger, System des oesterreichischen allgemeinen Privatrechts, B. 1, S. 67, понимаетъ здѣсь именно естественное право въ отличіе отъ положительнаго.

[1]) I. A. Покровскій Гражданскій судъ и законъ—Вѣстникъ права, 1905, январь, с. 40 и сл.

[2]) Эта свобода презумируется въ 9 ст. нашего устава гражданскаго судопроизводства: «всѣ судебныя установленія обязаны рѣшать дѣло по точному разуму дѣйствующихъ законовъ, а въ случаѣ ихъ неполноты, неясности, недостатка или противорѣчія основывать рѣшеніе на общемъ смыслѣ законовъ». Подобную свободу подтверждаетъ и сенатская практика— В. Гордонъ, Уставъ Гражданскаго судопроизводства, с. 29. Ср. Е. В. Васьковскій, Ученіе о толкованіи и примѣненіи гражданскихъ законовъ с. 289.

[3]) Въ рѣчи, произнесенной въ 1904 г. по поводу столѣтія Code civil Балло-Бопрэ, президентъ кассаціоннаго суда, указалъ на заслуги французскихъ судей: не нарушая правъ законодателя, они умѣли «non pas seulement appliquer la loi quand elle était obscure, mais la compléter quand elle était insuffisante, et la suppléer quand elle leur paraissait muette».— Larnaude, Le droit public въ Les methodes juridiques, p. 32. Cp. Gény, Methodes d'interprétation et sources en droit privé positif, p. 192; Cruet, La vie du droit et l'impuissance des lois p. 49 etc.; Mailleux, L'exégèse des codes et la nature du raisonnement juridique. Объ Англіи—главу «Juricial legislation» у Dicey, Law and public opinion, p. 359; ib. note IV—judge made law (p. 481); cp. Hatscheck, Englisches Staatsrecht, B I, S 101 usw. Для Германіи Bülow, Gesetz und Richteramt S. 28. Интересныя замѣчанія o freie Rechtsfindung у Spiegel, Jurisprundenz und Sozialwissenschaft, Grünhut's Zeitschrift für das privat-und öffentliche Recht, B. 36, S 14. Недопустимость судейскаго усмотрѣнія въ правовомъ государствѣ особенно указывается у Stier-Solmo, Die Anwendung des Rechtes, ibid. B. 38, S. 65. Laun, Das freie Ermessen, S. 9—подчеркнуто различіе freie Rechtsfindung

дѣть здѣсь нарушенiе правового принципа было бы такъ же близоруко, какъ усматривать его въ aequitas, переходъ къ которой отъ strictum ius тоже не лишенъ своихъ опасныхъ сторонъ [1]).

Ясно, что принципъ правового верховенства требуетъ возможности для судьи провѣрять закономѣрность актовъ исполнительной власти. Несмотря на всю присущую французскому праву склонность рѣзко отграничивать власть административную и судебную,—и оно признаетъ подобную возможность [2]). Напротивъ, существенное умаленiе естественной компетенцiи суда представляетъ 106 ст. прусской конституцiи, отрицающая за нимъ право провѣрять законность королевскихъ указовъ [3]).

Болѣе споровъ вызываетъ право суда провѣрять конституцiонность законовъ. Оно принадлежитъ американскому верховному суду, который по жалобѣ заинтересованныхъ сторонъ можетъ отказывать въ исполненiи актомъ конгресса, разъ они противорѣчатъ конституцiи. Дѣятельность верховнаго суда оказала огромное влiянiе на все конституцiонное развитiе Соединенныхъ Штатовъ, но въ оцѣнкѣ этой дѣятельности существуютъ большiя разногласiя. Часто указывалось, что судьи этого трибунала, облеченнаго такими чрезвычайными полномочiями, отличаются политической косностью, что они хотятъ увѣковѣ-

---

и freies Ermessen: въ области послѣдняго нѣтъ противоположности между управленiемъ и судомъ. Критика идеи «das freie Ermessen des Richters» у Stammler, Die Lehre von dem richtigen Rechte, S. 169. Много цѣннаго въ историческомъ и юридическомъ смыслѣ о правообразующей роли суда у Ehrlich, Grundlegung der Soziologie der Rechtes S. 292 и S.325— заимствованiе у Вурцеля (Das juristische Denken) идея проекцiи «in der Mitte zwischen Rechtsanwendung und Rechtsfindung».

[1]) Vinogradoff, Reason and conscience in sixteenth-century jurisprudence, p. 7.

[2]) Напримѣръ, въ установленiи кары для тѣхъ, qui auront contrevenu aux règlements légalement faits par l'autorité administrative. Очевидно, имѣя передъ собой подобный актъ, судья прежде всего долженъ оцѣнить его легальность.

[3]) Штокмаръ доказывалъ, что благодаря наличности этой статьи прусскiй король можетъ въ указномъ порядкѣ отмѣнить всю конституцiю. См. его подписанную «Ehr» статью «Studien über das preussische Staatsrecht» въ Zeitschrift für deutsches Staatsrecht, herausgegeben von Aegidi, B. I (1867) S. 192.

чить пониманіе федеральной конституціи, которое могло быть свойственно XVIII вѣку, но совершенно не соотвѣтствуетъ современнымъ условіямъ, что они въ особенности не сознаютъ новыхъ соціальныхъ задачъ, лежащихъ на государствѣ [1]). Каковы бы, однако, ни были эти недостатки американскаго суда, лишь возможность подобной судебной провѣрки представляетъ дѣйствительную гарантію противъ нарушеній конституціи законодательной власти; естественно, это особенно важно для федеративнаго государства, гдѣ конституція опредѣляетъ границы законодательныхъ полномочій, присущихъ центральнымъ и мѣстнымъ органамъ. Право суда, выступающаго по жалобѣ частнаго лица, вовсе нельзя сопоставлять, какъ это иногда дѣлается, съ правомъ veto; судъ остается въ предѣлахъ своей юрисдикціонной задачи. Опасность злоупотребленія этимъ правомъ значительно уменьшается, если самый пересмотръ конституціи не связанъ съ такими исключительными трудностями, какъ въ Соединенныхъ Штатахъ. Во всякомъ случаѣ теоретически такая компетенція суда, напоминающая объ аѳинской геліайи, которая стояла на стражѣ закона и предупреждала его нарушеніе псефизмами, вполнѣ отвѣчаетъ началамъ правового государства.

Можно сказать болѣе: эти начала требуютъ вообще налич-

---

[1]) О юридической природѣ функціи верховнаго суда Markby, Elements of law, p. 8 etc. (онѣ остаются судебными, не обращаясь, вопреки Токвиллю, въ политическія). Весьма суровую критику дѣятельности американскихъ федеральныхъ судовъ даетъ Goodnow, въ книгѣ Social reform and the constitution; въ особенности односторонне и узко понимаютъ эти суды частное право. Между тѣмъ власть ихъ далеко вышла за предѣлы нормъ, установленныхъ въ конституціи; необходимы какія-нибудь гарантіи противъ столь свободнаго примѣненія права объявлять законы неконституціонными—p. 357. Fremd въ статьѣ Jurisprudenz und Gesetzgebung, Jahrbuch des öffentlichen Rechtes, B. II, S. 661, признаетъ всѣ темныя стороны этого судебнаго контроля надъ законодательствомъ, какъ онъ осуществляется въ Соединенныхъ Штатахъ, но доказываетъ, что все же преимущества безусловно ихъ перевѣшиваютъ.—Идея верховнаго суда пользуется извѣстной популярностью во Франціи. Въ 1903 г. Жюль Рошь и Одиффрэ внесли предложеніе дополнить статью 9 конституціоннаго закона 25 февраля 1875 г. слѣдующими словами: «il est établi une cour suprême chargée de statuer sur les réclamations des citoyens pour violation de leurs droits constitutionnels par le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif».

ности сильной и авторитетной судебной власти—сильной своимъ государственнымъ положеніемъ и общественнымъ довѣріемъ. Авторы Федералиста доказывали, что эта власть, по природѣ наиболѣе слабая, наименѣе дѣятельна, и потому особенно необходимо ее укрѣпить [1]). Они были проникнуты вѣрой въ устойчивость и порядокъ, создаваемый правильнымъ раздѣленіемъ властей. Ихъ вѣра могла быть ошибочна—во многомъ ее разрушилъ опытъ. Но одно, несомнѣнно, подтвердилъ опытъ, можно сказать, всего англо-саксонскаго міра, какую огромную цѣнность представляетъ національное довѣріе къ суду. Соотвѣтственно великое несчастье для здоровой культуры правового чувства—утрата этого довѣрія, связанная съ колебаніемъ въ дѣятельности судовъ началъ правосудія, съ проникновеніемъ въ эту дѣятельность мотивовъ политическихъ. Вотъ гдѣ умѣстно вспомнить: corruptio optimi pessima.

Мы разбирали различные элементы въ устройствѣ современнаго государства, какъ они представляются въ свѣтѣ идеи правового государства. Но остается еще огромный вопросъ объ его дѣятельности, не объ ея формѣ, а самомъ ея содержаніи. Цѣнность всякой соціальной организаціи въ концѣ-концовъ познается по этому содержанію. Между тѣмъ у многихъ слова «правовое государство» вызываютъ представленіе, будто единственной здѣсь цѣлью является поддержаніе правопорядка и что вообще для него характерна рѣшимость какъ можно болѣе ограничить вмѣшательство въ жизнь членовъ государственнаго союза [2]).

Это представленіе объяснимо исторически. Европейское абсолютно-монархическое государство XVII—XVIII вѣковъ всецѣло усвоило себѣ программу меркантилизма, требующую

---

[1]) The Federalist, № 78. Wilson, Congressional government in the United States. p. 142: судъ—«the balance wheele of our entire system».—Интересныя соображенія о государственной роли суда, какъ посредника между законодательными палатами и народомъ, у Eötvös, Der Einfluss der herrschenden Ideen des 19 Jahrhunderts auf den Staat, B. II, S. 389.

[2]) У Этвöша, напримѣръ, мы видимъ постоянное смѣшеніе абсолютизма государственной власти и широты государственнаго вмѣшательства; для венгерскаго мыслителя это были явленія совершенно одного порядка.

постояннаго и настойчиваго вмѣшательства: вѣкъ Людовика XIV былъ въ то же время вѣкомъ Кольбера. Но чѣмъ шире становится это вмѣшательство и чѣмъ глубже оно проникаетъ, тѣмъ скорѣе оно начинаетъ переживаться, какъ тягостное стѣсненіе, досадная и безсмысленная опека. Въ особенности это чувствовалось въ мелкихъ государствахъ Германіи, гдѣ кольбертіанскія идеи отливались въ форму самаго несноснаго Vielregerei [1]). «Долгъ власти выводить подданныхъ изъ заблужденій, направлять ихъ на вѣрный путь, хотя бы противъ воли, наставлять, какъ должно устраивать домохозяйство, какъ работать на землѣ, какъ увеличивать свой доходъ, облегчая себѣ уплату податей» [2]). Реакція противъ неограниченнаго единовластія сливалась съ реакціей противъ подобнаго расширеннаго пониманія государственныхъ задачъ: новыя экономическія теченія и новыя политическія мысли одинаково стремились обезпечить право и самодѣятельность гражданъ, одинаково носили индивидуалистическій оттѣнокъ. Классическій европейскій либеразилмъ выросъ изъ ихъ взаимопроникновенія.

Связь эта не была необходимой. Тѣ же самые физіократы, которые нанесли такой ударъ меркантилистскимъ воззрѣніямъ и черезъ исповѣданіе экономическаго фатализма приходили къ экономической свободѣ, оставались рѣшительными сторонниками просвѣщеннаго абсолютизма, противниками конституціоннаго преобразованія. Въ глазахъ Тюрго лишь всемогущая королевская власть во Франціи въ состояніи провести эту экономическую свободу, ограниченія которой вытекаютъ не только изъ ложныхъ теорій, но прежде всего изъ эгоизма и своекорыстія привилегированныхъ сословій [3]). Съ другой стороны

---

[1]) Roscher, Geschichte der nationalen Oekonomie im Deutschland. S. 231. (Ueberschätzung der Staatstätigkeit).

[2]) Приведено у Р. Ю. Виппера, Учебникъ новой исторіи, стр. 261. О связи меркантилизма и бюрократическаго абсолютизма въ Германіи послѣ 30-лѣтней войны см. у Preuss, Die Entwickelung des deutschen Städtewesens, B. I, S. 269.

[3]) Дѣятели прусской крестьянской реформы, подобно Шёну, стояли на почвѣ политическаго абсолютизма, тяготѣли въ то же время въ экономическихъ вопросахъ къ laissez faire; отсюда ихъ отрицательное отношеніе къ традиціонному Bauernschutz.— Knapp, Die Bauernbefreiung und der Ursprung der Landarbeiter in den älteren Teilen Preussens, B. I, S. 131; S. 147: «die öffentliche Meinung über die Losung der Bauernfrage»; S. 324.

сколько сохранилось пережитковъ меркантилизма среди сторонниковъ политическаго ограниченія монархіи, среди дѣятелей и партій французской революціи [1]). Въ общемъ, однако, тотъ запасъ настроеній и переживаній, который сообщалъ популярность образу государства—ночного сторожа, создавалъ симпатіи и къ новому политическому порядку. Въ этомъ смыслѣ творцы классической экономіи занимаютъ видное мѣсто въ исторіи стремленій европейскихъ народовъ обезпечить въ своемъ бытѣ права личности и общества. Родственный духъ вѣетъ въ произведеніяхъ Адама Смита и въ «Опытѣ о предѣлахъ государственной дѣятельности» Гумбольдта [2]). Государство должно руководиться принципомъ необходимаго, а не полезнаго: первый можетъ быть прилагаемъ вполнѣ объективно и для всѣхъ убѣдительно, второй допускаетъ всяческія различія въ степени [3]). Была психологическая неизбѣжность, освобождаясь отъ традиціи полицейскаго государства стараго порядка, пройти черезъ полосу такого неограниченнаго довѣрія къ личной независимости и личной отвѣтственности; съ другой стороны отсюда естественно вытекало обезцѣненіе культурныхъ возможностей государства [4]).

Мы отдѣлены отъ этихъ настроеній весьма большимъ промежуткомъ,—и не только потому, что нашъ вѣкъ называется

---

[1]) Какъ своеобразный типъ раціонализаціи экономическихъ отношеній меркантилизмъ родственenъ столь сильно распространенной въ XVIII вѣкѣ вѣрѣ во всемогущество учрежденій, вѣрѣ, которая являлась и здѣсь, какъ и въ другія историческія эпохи, однимъ изъ важныхъ источниковъ революціонной энергіи.

[2]) Ideen zu einem Versuch die Gränze der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen (Gesammelte Werke, Ausg. 1852, B. VII, S. 1—180). О взглядахъ Гумбольдта на роль государства, проводимыхъ имъ и на практикѣ, интересныя страницы у Gebhadt, Willhelm von Humboldt als Staatsmann, B. II, S. 441. Ср. Mill, On liberty, ch. 3.

[3]) Humboldt, Ideen. S. 187.

[4]) Знаменательна въ этомъ отношеніи эволюція взглядовъ Фихте. Онъ началъ съ ученія объ общественномъ договорѣ и болѣе отрицательнаго пониманія задачъ государственной дѣятельности, какъ оно выразилось въ Grundlage des Naturrechtes nach Principien der Wissenschaftslehre. Обращаясь во введеніи къ Die Zurückforderung der Denkfreihieit von den Fürsten Europas, онъ говоритъ воображаемому монарху: «gütig sollst du nicht gegen uns sein, du sollst gerecht sein». Совсѣмъ иное настроеніе, совсѣмъ иной

вѣкомъ соціальной политики. Самое апріорное установленіе предѣловъ государственной дѣятельности намъ чуждо [1]). Даже основной вопросъ—расширяется ли она или суживается въ послѣднее время, вопросъ, на который Вагнеръ и Лассонъ дали одновременно противоположные отвѣты, вовсе не допускаетъ простого и категорическаго рѣшенія. Сколько въ этомъ смыслѣ общественныхъ противорѣчій! Мы присутствуемъ при небываломъ развитіи государственнаго аппарата, которому содѣйствуетъ вся новѣйшая техника; и въ то же время при чрезвычайномъ подъемѣ индивидуальнаго и классоваго самосознанія, личной и общественной инициативы. Чтобы понять тяжесть и болѣзненность даннаго противорѣчія, намъ не нужно итти къ анархистамъ: какой тревогой преисполненъ былъ Спенсеръ, смотря на это государство, расширяющееся вліяніе котораго направлено противъ индивидуума [2]). Безмѣрно возросли требованія къ государству [3]), но рядомъ выросъ и разъѣдающій скептицизмъ, неудовлетворенность, потеря вѣры въ способность государства до конца удовлетворить этимъ требованіямъ.

соціально-политическій паѳосъ проникаетъ Der geschlossene Handelsstaat. Не чувствуется ли извѣстное родство съ этой эволюціей въ тѣхъ перемѣнахъ жизненнаго идеала, черезъ которыя проводитъ Гете Вильгельма Мейстера — отъ Lehrjahre къ Wanderjahre? Можетъ быть, позволительно здѣсь напомнить и предсмертный монологъ Фауста—его «Vorgefühl von solchem hohen Glück».

[1]) По замѣчанію Джевонса «the whole matter becomes a complex calculus of good and evil. All is a question of probability and degree»—Jevons, The state in relation to labour, p. 16.

[2]) См. его The man versus the state. Несоотвѣтствіе между органическою теоріей Спенсера и его столь одностороннимъ политическимъ манчестерствомъ хорошо вскрыто у Fouillé, La science sociale contemporaine, p. 162 и Ritchie, The principle of state interference, p. 13.

[3]) Блестящее изображеніе этихъ новыхъ требованій въ Англіи, этой переживаемой здѣсь «эпохи идейнаго коллективизма» у Дайси въ Lectures on the relation between law and public opinion in England, lec. VIII p. 258. А вѣдь изображаемая здѣсь Англія еще не сдѣлалась Англіей Ллойда Джорджа. Дайси доказываетъ, что элементы коллективизма, энергичнаго вмѣшательства государства, заключались уже въ бентамовской утилитарной доктринѣ (p. 302): неясное въ ней либераламъ начала XIX вѣка стало ясно соціалистамъ его конца. Не повторяется ли здѣсь обычный фактъ, что соціально-политическое остріе доктринъ въ разной средѣ можетъ быть обращено въ разныя стороны?

Можетъ быть, и въ этой отрасли исторіи человѣчества когда-нибудь уловятъ нѣкоторый ритмъ, сказывающійся въ смѣнѣ эпохъ широкихъ и ограниченныхъ цѣлей государственной дѣятельности; можетъ быть, эта смѣна происходитъ по какой-то болѣе сложной, для насъ совсѣмъ еще неясной послѣдовательности? Non liquet! Неясно даже относительно отдѣльныхъ сторонъ общественной жизни. Принадлежитъ ли будущее, напримѣръ, системѣ обязательнаго обученія, контролируемаго, если не организуемаго государствомъ, или школа сдѣлается предметомъ исключительно частной и общественной заботы? Съ какимъ участіемъ государства и заинтересованныхъ группъ будутъ устроены многочисленные виды страхованія, путемъ которыхъ современный человѣкъ борется съ враждебными проявленіями естественныхъ и соціальныхъ стихій тамъ, гдѣ невозможно прямое отъ нихъ огражденіе? Какія соціально-политическія задачи будутъ разрѣшаться органами мѣстнаго самоуправленія, какъ далеко пойдетъ муниципальный соціализмъ, который въ Англіи имѣетъ за собой повидимому болѣе прочныя симпатіи, чѣмъ соціализмъ государственный? [1])

Возвращаясь къ проблемѣ правового государства, мы прежде всего должны установить, что логически она вовсе не связана непосредственно съ большей или меньшей широтой государственнаго вмѣшательства [2]). Противопоставленіе, которое мы находимъ у Канта, государства правового и полицейскаго, объясняется, какъ было сказано, чисто историческими условіями и въ общей формѣ отнюдь не можетъ быть принято [3]). Право-

---

[1]) Много цѣннаго матеріала объ этомъ расширеніи муниципальныхъ задачъ у Harris, Problems of local government, особ. II part (p. 169 etc.). Ср. Lecky, Democracy and liberty, v. II, p. 365, 396. Опасенія у Paul Leroy Beaulieu, высказанныя еще въ 1890—L'état moderne p. 19. О развитіи муниципальнаго соціализма въ Соединенныхъ Штатахъ—Herr, Der Zusammenbruch der Wirtschaftsfreiheit und der Sieg des Staatssozialismus in den Vereinigten Staaten S. 156.

[2]) Б. А. Кистяковскій, Государство правовое и соціалистическое—Вопросы философіи и психологіи 1906 (ноябрь—декабрь) № 95. Къ противопоставленію государства правового и культурнаго склонялся Г. Ф. Шершеневичъ, Общая теорія права, т. I, стр. 245. Ср. Berolzheimer, System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, B. II, S. 492.

[3]) Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, § 45. У Aretin,

вымъ признаемъ мы государство не по тому, что оно дѣлаетъ, а по тому, какъ оно дѣйствуетъ; поэтому съ правовымъ государствомъ совмѣстимы и самыя широкія программы соціальной политики. Надо помнить, что осуществленіе права есть форма, а не содержаніе государственной дѣятельности, поэтому оно и не составляетъ особой цѣли государства. Въ этомъ смыслѣ нельзя, напримѣръ, логически оправдать раздѣленіе субъективныхъ цѣлей государства на политическія, правовыя и культурныя, которое мы находимъ у Ѳ. Ѳ. Кокошкина [1]). И политическія и культурныя цѣли государства—мы предпочли бы сказать, цѣли самосохраненія и развитія [2])—осуществляются прежде всего черезъ созданіе правовыхъ нормъ: правотворчество не является самодовлѣющимъ. Теоретически нѣтъ необходимаго противорѣчія между государствомъ соціалистическимъ и правовымъ, какъ нѣтъ его между этимъ послѣднимъ и государствомъ «ночного сторожа». Изъ началъ правового верховенства вытекаетъ лишь требованіе равенства передъ закономъ и уваженіе къ субъективнымъ правамъ—единоличнымъ и коллективнымъ. Здѣсь открывается широкій просторъ, и каждая эпоха заполняетъ его по своему.

Огромное большинство европейскихъ конституцій, слѣдуя въ этомъ «деклараціи правъ человѣка и гражданина», содержитъ параграфъ, провозглашающій принципъ неприкосновенности частной собственности и неотчуждаемости ея иначе, какъ за

Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie, B. II, T. 1, S. 178—прямое признаніе, что эти двѣ цѣли «Rechtsherrschaft» и «Wohlfart» суть для государственной дѣятельности какъ бы противоположныя. Съ другой стороны, по Rotteck, Lehrbuch des Vernunftrechtes, B. I, § 5, S. 23 «das Recht verfolgt an und für sich keinen Zweck, sondern es ist bloss speculative Idee einer vernünftigen Ordnung der Wechselwirkung äusserlich gleichen Wesen».

[1]) Лекціи по общему государственному праву, стр. 101 и сл. Съ этой стороны справедливыя замѣчанія Шуппе въ Grundzüge der Ethik, S. 292: «der blosse Rechtsstaat ist ein Unding; das Recht im eigentlichen Sinne zu wollen und zu verwirklichen ist eben nur möglich und nur berechtigt aus dem Willen auf Verwirklichung dessen, was der Quelle alles Rechtes ist d. i. aus der Kulturaufgabe des Staates».—Но это, конечно, возраженіе противъ призрака «der blosse Rechtsstaat», а не противъ правового государства въ нашемъ смыслѣ.

[2]) Выражаясь аристотелевской терминологіей, мы можемъ здѣсь различать τοῦ ξῆν и του εὖ ξῆν ἕνεκα.

справедливое вознагражденіе ради общественныхъ цѣлей. Совершенно неправильно вкладывать въ эти статьи какой-то спеціально буржуазный смыслъ; онѣ оставляютъ открытымъ вопросъ о содержаніи права собственности, которое подвергается такимъ историческимъ колебаніямъ и можетъ быть весьма далеко отъ римскаго ius utendi et abutendi; онѣ не стоятъ на пути самыхъ широкихъ соціальныхъ реформъ,—онѣ лишь отвергаютъ произвольныя конфискаціи [1]). Въ этомъ онѣ вполнѣ соотвѣтствуютъ принципу правового государства, какъ, напримѣръ, безспорно ему противорѣчили аграрныя программы 1905—1906 г. нашихъ крайнихъ лѣвыхъ партій, которыя въ рамкахъ существующаго соціальнаго порядка предлагали чистую экспропріацію земельной собственности. Напротивъ, ему вполнѣ соотвѣтствуетъ прогрессивный подоходный налогъ, устанавливающій равномѣрное участіе въ несеніи налогового бремени людей сходнаго экономическаго положенія и измѣняющій тяжесть бремени въ соотвѣтствіи съ измѣненіемъ этого положенія. Здѣсь подлинно выражается распредѣлительная справедливость въ области налоговой, и понятно, почему введеніе такого налога имѣетъ даже большее принципіальное, чѣмъ практическое значеніе [2]).

---

[1]) Мы оставляемъ даже совсѣмъ въ сторонѣ психологическую обстановку, въ которой вырабатывались эти статьи, а беремъ ихъ лишь подлинное содержаніе. Можно себѣ представить, что новыя правовыя нормы образуются подъ вліяніемъ опредѣленныхъ классовыхъ интересовъ, и въ то же время въ своемъ общемъ содержаніи онѣ не пріурочены спеціально къ этимъ интересамъ. Успѣхи рабочаго законодательства въ Англіи облегчались содѣйствіемъ землевладѣльческихъ классовъ, но самые законы вовсе не имѣютъ непосредственнаго отношенія къ землевладѣльческимъ интересамъ.

[2]) Могутъ ли вызывать сомнѣнія правового свойства различнаго рода неравенства въ воинской повинности? Льготы по семейному положенію ни въ какой мѣрѣ не являются привилегіями: онѣ выражаютъ лишь признаніе государствомъ семейныхъ обязанностей и удовлетворяютъ по своему смыслу началу равенства. Льготы по образованію основаны отчасти на мысли о скорѣйшемъ усвоеніи военной подготовки лицами съ извѣстнымъ образованіемъ, отчасти на признаніи національнаго значенія той дѣятельности, къ которой подготовляетъ образованіе. Этимъ оправдывалось въ извѣстныхъ предѣлахъ изъятіе учителей и врачей, которое вводилъ нашъ воинскій уставъ 1874 г. Та прямолинейность, съ которой отъ этихъ изъятій

Современному правосознанію народовъ, причастныхъ европейской культурѣ, представляется аксіоматичной необходимость извѣстной сферы личной свободы, выраженной въ личной неприкосновенности, свободѣ совѣсти, слова, свободѣ общенія съ себѣ подобными. Въ настоящее время необходимая предпосылка какого-либо осуществленія правового государства есть признаніе этихъ элементарныхъ благъ и наличность гарантій противъ ихъ нарушенія. Въ общемъ степень осуществленія правового государства прямо соотвѣтствуетъ широтѣ и обезпеченности этихъ свободъ. Формы такого обезпеченія могутъ быть различны. Англія, которая въ этомъ отношеніи стоитъ такъ высоко, не имѣетъ особаго закона о печати и собраніяхъ; гражданская свобода здѣсь регулируется лишь судебными рѣшеніями, которыя устанавливаютъ, гдѣ имѣется налицо законное и гдѣ незаконное пользованіе этой свободой [1]). Въ другой странѣ, при другомъ положеніи и традиціяхъ суда такой порядокъ могъ бы оказаться гибельнымъ для свободы. Самая законодательная регламентація допускаетъ цѣлый рядъ постепенностей въ пониманіи предѣловъ, полагаемыхъ гражданской свободѣ. Еще недавно, напримѣръ, въ законахъ о собраніяхъ обычно требовалось предварительное заявленіе; французскій законъ 1907 г. отъ этого требованія отказался [2]), а германскій законъ 1908 г. замѣнилъ его обязательствомъ печатнаго извѣщенія; роль представителя полиціи по германскому закону несравненно активнѣе, чѣмъ по французскому, и т. п. Подобную же постепенность мы можемъ наблюдать и въ болѣе сложномъ законодательствѣ о печати—въ смыслѣ сроковъ представленія изданія, положенія и отвѣтственности редактора,

---

отказался законъ 1912 г., «равненіе къ низу», которое онъ здѣсь устанавливаетъ, въ правовомъ смыслѣ—мы не говоримъ объ интересахъ чисто военнаго порядка—едва ли представляли какой-либо шагъ впередъ.

[1]) Весьма интересныя данныя у Дайси касательно того, что съ точки зрѣнія суда является «незаконнымъ собраніемъ»: Introduction to the study of the law of the C., 7 ed., p. 500. Очень типично также законодательство о пасквиляхъ, гдѣ дается столь широкій просторъ усмотрѣнію присяжныхъ—Ib., p. 237. Ср. В. Ѳ. Матвѣевъ, Право публичныхъ собраній, с. 292.

[2]) Хотя, повидимому, по мотивамъ случайнаго характера, связаннымъ съ различными трудностями, которыя встрѣтило введеніе въ жизнь новаго режима отдѣленія церкви и государства по закону 1905 г.

допущенія exceptio veritatis и т. п. То же самое, наконецъ, нужно сказать и относительно свободы совѣсти; здѣсь приходится имѣть въ виду не только большую или меньшую свободу религіознаго самоопредѣленія, предоставляемую отдѣльному члену государственнаго союза, но и положеніе исповѣданій въ государствѣ, наличность или отсутствіе господствующаго исповѣданія. Правовой принципъ можетъ здѣсь преломляться въ очень разнообразной культурно-исторической средѣ [1]).

Списокъ свободъ, который мы находимъ въ европейскихъ и внѣевропейскихъ конституціяхъ и образцомъ которому послужила французская декларація 1789 г., довольно однообразенъ, но и въ предѣлахъ его произошли существенныя измѣненія, такъ сказать, относительнаго мѣста, занимаемаго разными видами свободы. Насъ удивляетъ пропускъ свободы союзовъ въ деклараціи правъ, пропускъ, который объясняется глубокимъ недовѣріемъ къ esprit de corps, а можетъ быть, отчасти и опасеніями, высказанными у Руссо. Въ настоящее время эта свобода есть одна изъ драгоцѣннѣйшихъ для плодотворнаго примѣненія общественной энергіи и для установленія извѣстнаго равновѣсія между ростомъ государственнаго могущества и индивидуальнаго правосознанія. Съ другой стороны, значеніе свободы петицій при развитіи прессы и союзовъ, при усиливающейся моральной зависимости представителей отъ избирателей за-

---

[1]) Говоря отвлеченно, отдѣленіе церкви и государства въ наибольшей степени отвѣчаетъ духу религіозной свободы. Это принципіальное обоснованіе, которое, однако, не слѣдовало бы брать въ томъ смыслѣ, что всякое отступленіе отъ такого порядка есть нарушеніе субъективныхъ правъ, присущихъ членамъ государства. Указывалось, напримѣръ, что бюджетъ вѣроисповѣданій—даже когда имъ пользуется не одна господствующая церковь, а всѣ сколько-нибудь представленныя въ странѣ исповѣданія—нарушаетъ право не принадлежащаго ни къ какому исповѣданію и можетъ быть лишеннаго всякой религіозности члена государственнаго союза, который, однако, долженъ этотъ бюджетъ оплачивать. Если разсуждать такъ, то и поддержка государствомъ консерваторій есть нарушеніе правъ гражданъ, лишенныхъ всякаго музыкальнаго вкуса, содержаніе музеевъ нарушаетъ права тѣхъ многочисленныхъ слоевъ населенія, которые никогда этихъ музеевъ не видятъ. Это софизмъ антиклерикальной полемики, недостойный правового, моральнаго и религіознаго смысла, который пріобрѣтаетъ отдѣленіе церкви и государства, проведенное послѣдовательно и искренне въ духѣ взаимной терпимости и мира.

мѣтно падаетъ. Можно быть увѣреннымъ, что ростъ правового и нравственнаго чувства приведетъ къ полному отреченію государства отъ смертной казни, къ признанію имъ въ этомъ смыслѣ непереходимой грани, отсутствіе которой въ христіанской Европѣ есть одно изъ тяжелыхъ свидѣтельствъ противъ современной цивилизаціи [1]). Вѣроятно, опредѣлятся другіе виды личной свободы, которые въ новыхъ политическихъ и соціальныхъ условіяхъ получатъ особую важность и будутъ требовать особой защиты.

Изъ принципа правового государства далѣе вытекаетъ равноправіе въ смыслѣ предоставленія извѣстнаго минимума субъективныхъ правъ каждому члену государственнаго союза, противъ котораго нѣтъ вѣскихъ моральныхъ и правовыхъ презумпцій. Особенно рѣзко онъ нарушается неравноправіемъ сословнымъ и національнымъ, deminutio capitis для отдѣльнаго гражданина, связанное съ принадлежностью его къ данному сословію или данной національности. Одинъ изъ самыхъ яркихъ примѣровъ такого deminutio представляетъ правовое положеніе евреевъ въ Россіи. Изъ этого, однако, не слѣдуетъ равноправія національностей въ томъ смыслѣ, что отдѣльныя національныя группы должны занять въ государствѣ одинаковое положеніе: провозглашать такое равенство между неравными по численности и по культурѣ группами было бы просто безполезнымъ дѣломъ. Правовое обоснованіе можетъ имѣть только признаніе за каждой народностью минимума національно-культурной свободы, которая особенно сказывается въ области языка. Установить равновѣсіе между обезпеченіемъ интересовъ государственнаго языка, выражающаго государственное единство,

---

[1]) Какъ и наличность юристовъ, защищающихъ смертную казнь съ научной и правовой точки зрѣнія. Нельзя здѣсь не чувствовать, какъ многое все-таки дѣлаетъ время. Защита смертной казни у Канта и Гегеля кажется намъ печальной аберраціей великихъ умовъ; резолюціи современныхъ юридическихъ конгрессовъ въ ея пользу возбуждаютъ лишь глубокое негодованіе.—Въ этомъ смыслѣ напрасны старанія Уэльса въ его Anticipations, талантливыхъ и блестящихъ догадкахъ о будущемъ европейскомъ обществѣ, примирить насъ съ неизбѣжностью смертной казни для людей «unfitted for free life in the world»—p. 270. Впрочемъ, въ этическомъ и правовомъ смыслѣ ни мало не лучше, если не хуже смертной казни пожизненное одиночное тюремное заключеніе.

и культурными потребностями различныхъ національныхъ группъ есть дѣло великаго законодательнаго такта, и возможно это лишь путемъ текущаго законодательства, а не путемъ общихъ провозглашеній. Насколько послѣднія мало могутъ разрѣшать эти чрезвычайно сложные въ психологическомъ и соціологическомъ смыслѣ вопросы, лучше всего показываетъ исторія ст. 19 австрійскаго основного закона объ общихъ правахъ гражданъ 21 декабря 1867 г.[1]). Степень усвоенія началъ правового государства проявяется здѣсь скорѣе въ общемъ духѣ законодательства, чѣмъ въ опредѣленныхъ нормахъ, обнимающихъ указанный выше минимумъ. Имѣя дѣло съ народностями, мы остаемся въ области справедливости распредѣляющей; когда мы говоримъ о равноправіи отдѣльныхъ гражданъ, мы переходимъ въ кругъ болѣе простой и безспорной справедливости уравнивающей.

√Итакъ, принципъ правового государства ставитъ передъ

---

[1]) «Alle Volksstämme des Staates sind gleichberechtigt und jeder Volksstamm hat ein unverletzliches Recht auf Wahrung und Pflege seiner Nationalität und Sprache» usw. Здѣсь право языка какъ бы представляется публичнымъ правомъ, субъектомъ котораго признается народность. Такое признаніе, однако, въ Австріи дало мало практическихъ послѣдствій: различныя народности имѣли весьма различныя права въ области языка. Разрѣшеніе споровъ здѣсь опредѣлялось политическимъ соотношеніемъ силъ, а затѣмъ и культурнымъ удѣльнымъ вѣсомъ отдѣльнаго языка. Это особенно сказалось на исторіи чешско-нѣмецкаго спора въ Богеміи. Цѣнный матеріалъ по исторіи воплощенія 19 ст. въ жизнь—въ книгѣ Fischel. Das oesterreichische Sprachenrecht (eine Quellensammlung). Бельгійская конституція въ ст. 23 (l'emploi des langues usitées en Belgique est facultatif; il ne peut être réglé que par la loi et seulement pour les actes de l'autorité publiques et pour des affaires judiciaires) ограждаетъ субъективное право отдѣльнаго гражданина, а не племенной группы (ст. помѣщена въ Titre II: Des Belges et de leur droits). Напротивъ, швейцарская конституція (ст. 116) признаетъ нѣмецкій, французскій и итальянскій языки государственными, т. е. устраняетъ здѣсь элементъ субъективнаго права (объ отступленіяхъ отъ этого правила относительно итальянскаго языка—у Burckhardt, Kommentar. S. 871). Наконецъ, 3 ст. нашихъ основныхъ законовъ не устанавливаетъ никакого права языка ни для національной группы, ни для отдѣльнаго ея члена («русскій языкъ есть языкъ общегосударственный... Употребленіе мѣстныхъ языковъ и нарѣчій въ государственныхъ и общественныхъ установленіяхъ опредѣляется общими законами»). Здѣсь можно говорить лишь о рефлексѣ объективнаго правопорядка.

законодателемъ опредѣленную заповѣдь—уваженіе къ правовой личности всякаго члена государственнаго цѣлаго и союза этихъ членовъ [1]). Государственная политика, конечно, никогда не можетъ опредѣляться исключительно этой заповѣдью—она всегда идетъ по равнодѣйствующей: но чѣмъ болѣе въ ней запечатлѣлось это уваженіе, тѣмъ высшую ступень занимаетъ данное государство на лѣстницѣ правовыхъ организацій.

Достаточно ли, однако, такое пониманіе правового государства? Классическая декларація права знала только отрицательныя обязанности государства: она могла лишь провозгласить формальную свободу и равенство, но она умалчивала о главнѣйшемъ—свободѣ и равенствѣ матеріальномъ. Этому буржуазно-индивидуалистическому пониманію теоретики соціализма противополагаютъ другое, гдѣ вводится признаніе правъ индивидуума на положительное удовлетвореніе государствомъ его потребностей. Но и за предѣлами соціалистическаго міра создается представленіе о правѣ на достойное существованіе принадлежащее всѣмъ гражданамъ совереме̂ннаго государства [2]).

Нельзя оспаривать величайшей важности этого соціально-

---

[1]) Особо здѣсь стоитъ вопросъ объ иностранцахъ. Чѣмъ въ бо́льшей степени государство проникается правовымъ принципомъ, тѣмъ болѣе оно отходитъ отъ взгляда на иностранца, какъ на существо безправное. Конечно, и здѣсь есть рядъ постепенностей, но во всякомъ случаѣ правовому государству не соотвѣтствуетъ опредѣленіе иностранца, какъ человѣка, находящагося въ отношеніяхъ чисто фактическихъ къ государству,—опредѣленіе, принятое Лабандомъ и Коркуновымъ и въ смягченномъ видѣ Унгеромъ. См. возраженіе у В. М. Гессена, Подданство, его установленіе и прекращеніе, т. I, стр. 7. Это подтверждаетъ вся исторія положенія иностранцевъ въ европейскихъ государствахъ со времени французской революціи и уничтоженія droit d'aubain. Cp. Bisocchi, Acquisto eperdita della nazionalita, p. 8. Несомнѣнно, въ этой области законодатель встрѣчаетъ на своемъ пути и дѣйствительныя трудности и въ еще большей степени упорныя предубѣжденія—хотя бы, напримѣръ, въ дѣлѣ распространенія на иностранцевъ личной неприкосновенности, огражденія ихъ отъ произвольной высылки и т. п. Нѣтъ, однако, основаній сомнѣваться, что и здѣсь установится постепенно гармонія между правомъ государственнымъ и международнымъ. Кризисъ, созданный европейской войной, не можетъ остановить общаго движенія цивилизаціи.

[2]) О правѣ на существованіе. Соціально-философскіе этюды. П. И. Новгородцевъ, Право на достойное существованіе. І. А. Покровскій, Право на существованіе.

политическаго устремленія, которое въ большей или меньшей степени присуще всякому современному государству, причастному европейской культурѣ. На всемірной парижской выставкѣ 1900 г. устроители павильона Германіи поставили въ центрѣ его то, что, по ихъ мнѣнію, должно было вызвать наибольшее впечатлѣніе передъ работой, которую выполнила новая имперія въ дѣлѣ общественнаго прогресса: модели, картограммы и діаграммы, объясняющія государственное страхованіе рабочихъ. Широкія перспективы законодательныхъ реформъ, направленныхъ въ пользу народныхъ массъ, открылись передъ Англіей послѣ выборовъ 1906 г. и перехода власти къ либеральному министерству: эти смѣлыя заданія постепенно переходятъ въ дѣйствительность. Кризисъ стараго либерализма пережитъ и во Франціи. Полвѣка назадъ Лассаль смѣялся надъ фонаремъ ночного сторожа, которымъ намѣренъ вооружить государство буржуазный либерализмъ; онъ хотѣлъ, чтобы на алтарѣ этого государства запылалъ священный огонь Весты, который нѣкогда горѣлъ въ Римѣ и въ которомъ символизируется нравственная идея государства. Его надежда не была здѣсь обманчивой мечтой. Сознаніе населенія возлагаетъ на государство новыя обязанности въ области народнаго образованія, призрѣнія, защиты труда, общаго подъема жизненныхъ условій и т. п. Если есть обязанности, значитъ, есть требованія выполнить ихъ, есть права и правовыя притязанія членовъ государственнаго союза!

И все-таки, когда мы ихъ сопоставляемъ съ требованіями неприкосновенности личности, свободы совѣсти, слова, нельзя не видѣть существенной разницы. Удовлетворить эти послѣднія находится какъ бы всецѣло во власти государства: осуществить первыя оно можетъ лишь въ мѣру соціально-экономическихъ и культурныхъ условій. Расширеніе свободы слова и союзовъ не налагаетъ ни на кого какихъ-либо новыхъ тягостей и жертвъ. Создавая даровое обученіе въ средней и высшей школѣ, государство возлагаетъ новыя финансовыя тягости на такіе слои населенія, которые по своему соціальному положенію въ огромномъ большинствѣ случаевъ воспользоваться средней и высшей школой не въ состояніи. Не будемъ рѣшать этого вопроса по существу: ясно одно—что здѣсь есть вопросъ, и справедливѣйшее

его рѣшеніе будетъ зависѣть отъ множества соціальныхъ и бытовыхъ условій. Австралійское рабочее законодательство далеко опередило европейское, но оно было возможно лишь при безпощадномъ протекціонизмѣ, при ограничительной политикѣ относительно эмиграци и т. п. [1]). Современный протекціонизмъ вызываетъ всеобщія жалобы потребителя, который страдаетъ отъ растущей дороговизны предметовъ первой необходимости, дороговизны, становящейся общественнымъ бѣдствіемъ; съ другой стороны, отказъ отъ протекціонизма для ряда странъ означалъ бы сокращеніе производствъ, часто даже уничтоженіе отдѣльныхъ отраслей его, безработицу, новыя трудности на пути рабочаго законодательства и т. п. Можно сказать, что и гражданская свобода предполагаетъ извѣстный минимумъ культуры населенія. Но эта зависимость несравненно болѣе общаго характера; въ крайнемъ случаѣ населеніе просто не воспользуется въ достаточной мѣрѣ этими благами гражданственности, которыя передъ нимъ открываетъ законодательство, или, лучше сказать, лишь постепенно научится такому ихъ пользованію. Совсѣмъ другое въ положительной государственной дѣятельности, гдѣ всегда приходится считаться въ гораздо большей степени съ реальными возможностями, непреодолимо ограничивающими добрую волю законодателя. Провозглашеніе права на трудъ во французской конституціи 1848 г. не привело ни къ какимъ результатамъ. Не можетъ быть серьезнаго правового притязанія тамъ, гдѣ нѣтъ сознанія объективной возможности его осуществленія. [2]) Съ другой стороны, справедливость требуетъ считаться съ извѣстнымъ равновѣсіемъ въ удовлетвореніи интересовъ, хотя бы самыхъ естественныхъ и законныхъ [3]).

---

[1]) Reeves, State experiments in Australia and New Zealand, oc. v. II p. 68.

[2]) Ср. заключительную страницу у Sidney and Beatrice Webb, Industrial democracy (ed. 1902) p. 849 о «the vastness and complexity of democracy itself.»

[3]) Есть извѣстное сходство между подобнымъ возможнымъ конфликтомъ обязанностей, признаваемыхъ государствомъ, и конфликтомъ обязанностей въ сознаніи человѣка. Очень тонкій и проницательный разборъ соотвѣтствующихъ переживаній у Simmel, Einleitung in die Moralwissenschaft, B. II, S. 422.

Здѣсь лежатъ качественныя различія между отрицательной и положительной декларацiей правъ, выражаясь терминологiей Іеллинека—между status negativus и status positivus [1]). Тѣмъ не менѣе идея права на достойное существованіе есть уже въ настоящее время нѣчто большее, чѣмъ благочестивое пожеланіе: она начинаетъ связывать законодателя, и мы чувствуемъ, что такая связанность будетъ только возрастать. Государство не имѣетъ права оставаться равнодушнымъ къ тому, что благосостояніе его гражданъ опускается ниже извѣстнаго уровня. И если признаніе этой связанности еще не входитъ отчетливымъ признакомъ въ образъ государства, какъ признаніе гражданской свободы и равноправія, если правовымъ можетъ оставаться государство, значительно отставшее въ области соціальной политики, то въ будущемъ, — можно быть увѣреннымъ, нисколько не впадая въ наивный оптимизмъ,—расширенныя соціальныя возможности поведутъ къ расширенному пониманію принципа правового верховенства. Простое уваженіе къ правовой личности одного члена государственнаго цѣлаго или союза этихъ членовъ неизбѣжно приводитъ къ положительной заботѣ о ихъ благосостояніи. Самая утопія сегодняшняго дня можетъ стать послѣзавтра, если не завтра, дѣйствительностью—это касается не только овладѣнія силами природы, но и воздѣйствія на общественный процессъ. Уже и сейчасъ элементы формальной и матеріальной свободы сближаются. Развѣ мы не видимъ, какъ гражданское право—эта классическая область индивидуализма—постепенно воспринимаетъ извѣстный соціальный отпеча-

---

[1]) Приходится имѣть въ виду и то, что расширеніе государственной дѣятельности положительными задачами чрезвычайно увеличиваетъ силу правительства и, слѣдовательно, дѣлаетъ въ правовомъ смыслѣ еще болѣе необходимыми соотвѣтственныя гарантіи. По этому правовое значеніе реформы часто не можетъ быть оцѣниваемо внѣ общихъ условій даннаго государственнаго устройства. Національзація земли, напримѣръ, въ современномъ государствѣ, не говоря даже объ экономической ея сторонѣ, съ правовой точки зрѣнія представляла бы огромную опасность созданія бюрократическаго деспотизма. Никакъ нельзя оставлять безъ вниманія эту точку зрѣнія и при оцѣнкѣ проектовъ всякаго рода государственныхъ монополій. Возраженіе Чемберлена, что нечего опасаться расширенія государственнаго вмѣшательства въ демократіи, ибо здѣсь государство самъ народъ, есть софизмъ, родственный Руссо. (Liberty and Socialism p. 20).

токъ?[1]). Наши предки могли мыслить извѣстный антагонизмъ между правовымъ и культурнымъ государствомъ; мы видимъ, что въ правовомъ государствѣ, во всякомъ случаѣ, могутъ вмѣститься различныя пониманія государственныхъ задачъ; наши потомки, вѣроятно, увидятъ здѣсь не простую независимость, а глубокую, внутреннюю гармонію.

Мы разсмотрѣли воплощеніе принципа правового государства въ рамкахъ современнаго конституціонализма, какъ раньше разсматривали его въ рамкахъ уже отошедшихъ въ прошлое политическихъ организацій. Здѣсь для насъ должна стать еще болѣе ясной невозможность отождествить этотъ принципъ съ какимъ-нибудь изъ этихъ его воплощеній, напримѣръ, поставить знакъ равенства между нимъ и государствомъ конституціоннымъ. Въ концѣ-концовъ правовое государство выражаетъ только извѣстный уклонъ, устремленіе, запечатлѣвшееся въ государственномъ строеніи и дѣятельности. Правовое государство относится къ міру идей, но идей неизмѣнно осуществляющихся и преобразующихъ факты—idée-force, какъ выразился бы Фулье. Смыслъ его совершенно метаюридическій, и юристъ-догматикъ чистой воды имѣетъ право имъ не интересоваться. Онъ справедливо чувствуетъ, что, начиная размышлять о правовомъ государствѣ, онъ принужденъ оказаться въ подозрительной для него близости къ моралисту, философу, историку—во всякомъ случаѣ за предѣлами строгой юриспруденціи.

---

[1]) An. Menger, Ueber die sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft и особенно его Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Klassen, S. 9 и S. 226.

Глава V.

ПРЕДѢЛЫ ПРАВОВОГО САМООГРАНИЧЕНІЯ.

Степень осуществленія правового государства можетъ быть очень различна, но ни въ какомъ государствѣ это осуществленіе не бываетъ полнымъ—всегда его устройство и дѣятельность опредѣляются также и мотивами, очень далекими отъ правового сознанія и чувства. Это объясняется уже свойствами того основного матеріала, изъ котораго создается государство.

Здѣсь есть интересная паралель между «бытіемъ государства» и его «познаніемъ». Можно считать въ настоящее время общепризнаннымъ, что не всѣ моменты въ жизни государства подлежатъ изученію въ терминахъ и категоріяхъ юридическаго метода. Какъ указывалъ Іеллинекъ, столь точный и тонкій въ методологическихъ вопросахъ, юридически не можетъ быть опредѣлено и истолковано ни происхожденіе, ни прекращеніе государства [1]). Всякій юридическій анализъ предполагаетъ государство даннымъ и при томъ отвлекаетъ вниманіе отъ всѣхъ сторонъ государственной жизни, которыя не могутъ быть подведены подъ юридическія понятія. Такъ понималъ свою задачу крупнѣйшій представитель формально-юридическаго метода Лабандъ [2]). Въ чрезвычайно интересной рецензіи на книгу

---

[1]) Das Recht des modernen Staates, B. I, S. 239.

[2]) Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 5 Aufl., B. I, S. VIII: «zur Losung dieser Aufgabe giebt es kein anderes Mittel als die Logik; dieselbe lässt sich für diesen Zweck durch nichts ersetzen: alle historische, politische und philosophische Betrachtungen, so wertvoll sie an und für sich sein mögen, sind für die Dogmatik eines konkreten Rechtsstoffes ohne Belang und dienen zu häufig dazu, den Mangel an konstruktiver Arbeit zu verhüllen». Ср. замѣчанія о юридическомъ методѣ у Вундта, Logik, B. III, S. 527: «infolge des grossen Einflusses, den die privatrechtliche Begriffe auf die juristische

Лабанда Гирке указывалъ, что ошибка его заключалась въ преувеличенномъ тяготѣніи къ формальной логикѣ, въ нѣкоторомъ антиисторическомъ раціонализмѣ, въ готовности замѣнять юридическій методъ юридической техникой [1]). Здѣсь съ нѣмецкимъ критикомъ сходится вообще весьма на него непохожій и далеко ему неравный Деландръ: догматическій методъ предполагаетъ вѣру въ неизмѣнныя и апріорныя общія юридическія понятія [2]): учрежденія здѣсь берутся какъ нѣчто мертвое (choses mortes) и неподвижное; кромѣ того, изслѣдователь поддается заблужденію, будто существуетъ юридическая логика, которая царитъ надъ политическими учрежденіями, и забываетъ, что никакое государственное устройство не умѣщается цѣликомъ въ рамкахъ права [3]).

Auffassung aller Rechtsverhältnisse ausgeübt haben, ist nun die juristische vorzugsweise in der Form der civilrechtlichen Methode auch in der Staatswissenschaft aufgewandt wurde». — О преувеличенномъ значеніи, которое придается логикѣ въ юриспруденціи и соединяется съ невниманіемъ къ историческимъ, этическимъ и практическимъ мотивамъ въ правѣ,—замѣчательныя страницы у Ihering въ Geist des römischen Rechtes, 4 Aufl., B. III, I, S. 318 usw.—О родствѣ формально-юридическихъ понятій съ математическими у Ehrlich, Grundzüge der Soziologie des Rechtes, S. 261. Довольно поверхностныя аналогіи между логикой схоластической съ ея признаніемъ реальности въ universalia и методами современной юриспруденціи—у Bozzi, Die Weltanschauung der Jurisprudenz, S. 81.

[1]) Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft въ Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft, B. VII, H. 4, S. 1—особенно неправильно у Лабанда «Ueberschätzung des Leistungsvermögens der formellen Logik» (S. 14)—хотя односторонность и не устраняетъ его научной заслуги—ибо «der Einzelne hat das Recht der Einseitigkeit».

[2]) Deslandre, Le crise de la science politique въ Revue du droit public, v. 13, p. 438: «la croyance qu'il y a en effet des concepts juridiques généraux préexistant à toute organisation politique»—Деландръ находитъ, что именно въ Германіи въ силу ея конституціонныхъ и политическихъ условій формально юридическій методъ въ примѣненіи къ государственному праву находитъ особенно благопріятную почву. Ср. статью Larnaude, Le droit public, sa conception, sa methode въ сборникѣ Les methodes juridiques, leçons faites au collège libre des sciences sociales, p. 17 etc.—Примѣръ полнаго растворенія юридическаго метода въ соціологическомъ у Brugeilles, Le droit et la sociologie.

[3]) Deslandre, Ib. p. 459. Съ этимъ интересно сопоставить критику юридическаго формализма въ административномъ правѣ, формализма съ его искусственной обработкой понятій, ярче всего представленнаго въ трудахъ

Искусственность юридическаго метода есть свойство, которое само по себѣ еще нельзя признать недостаткомъ: въ извѣстномъ смыслѣ всякій научный методъ искусственен, прагматиченъ и представляетъ изъ себя стилилизцію. Итальянскій юристъ Бартоломеи вѣрно указывалъ, что въ обычномъ противопоставленіи соціологическаго и юридическаго метода лежитъ недоразумѣніе; говорятъ, что соціологическій методъ беретъ дѣйствительность, какъ она есть;—но что такое дѣйствительность? [1]). Ошибочно лишь представленіе, будто юридическое изученіе государства можетъ быть исчерпывающимъ. Этой ошибкѣ отдалъ дань и Лабандъ, когда, напримѣръ, въ своей теоріи бюджета отъ доказывалъ, что положительное государственное право есть законченное цѣлое безо всякихъ пробѣловъ; отсюда его юридически столь странная конструкція права безбюджетнаго управленія. Такія абсолютно-искусственныя юридическія конструкціи опасны уже тѣмъ, что часто, можетъ быть, безсознательно для самого автора онѣ опредѣляются вовсе не юридическими, а чисто политическими интересами. Можно здѣсь напомнить хотя бы предпринимавшіяся у насъ попытки дать юридическое обоснованіе акту 3 іюня 1907 г. [2]).

Поэтому плодотворное примѣненіе юридическаго метода прежде всего требуетъ сознанія не только неизбѣжныхъ про-

---

Отто Майера — у Spiegel, Die Verwaltungsrechtswisensschaft, S. 196: «der Werth der Rechtsbegriffe liegt nicht darin, dass sie fest abgegrenzt sind, sondern darin, dass sie mit den tatsächlichen Erscheinungen, aus denen sie abgezogen sind, übereinstimmen—sie können nur insoweit fest abgegrenzt werden, als eben diese tatsächliche Erscheinungen selbst fest abgegrenzt sind. Wo es in der Welt der Tatsachen fliessende Grenzen, Uebergänge, Mischformen, Halbtonen giebt, dort darf auch die Wissenschaft vor der Konstatierung dieser Erscheinungen nicht zurück schrecken». Въ другомъ мѣстѣ Шпигель видитъ πρῶτον ψεῦδος нѣмецкой юриспруденціи «darin dass man die Entstehung des Rechtes selbst wieder juristisch erklären will»,—Jurisprudenz und Socialwissenschaft въ Grünhut's Zeitschrift, B. 36, S. 29. Напротивъ, для Отто Майера, который далъ на страницахъ Archiv für das öffentliche Recht, B. 25 весьма суровую рецензію на Шпигеля,— «die Rechtsbegriffe nur sind, weil sie fest abgegrenzte Begriffe sind».

[1]) Diritto pubblico e teoria della conoscenza въ Annali dell'Universita di Perugia, 1903.

[2]) Странно, что эти попытки мы находимъ у Н. А. Захарова въ его «Системѣ русской государственной власти», хотя онъ высказываетъ такое рѣшительное недовѣріе къ юридическому формализму въ государствен-

бѣловъ въ положительномъ государственномъ правѣ, но и возможныхъ внутреннихъ противорѣчій, которыя являются результатомъ совмѣщенія въ немъ различныхъ историческихъ наслоеній. Разнородность этихъ наслоеній особенно сказывается въ переходныя эпохи,—напримѣръ, переходныя отъ абсолютизма къ конституціонализму—вслѣдствіе чего государственный строй этихъ эпохъ представляетъ особыя трудности для юридико-догматическаго изученія. Но юридическое истолкованіе вообще по существу неспособно охватить все бытіе государства. И когда мы говоримъ о невозможности для послѣдняго стать правовымъ до конца, то здѣсь приходится считаться не только со слабостью и неотчетливостью правовыхъ запросовъ, предъявляемыхъ въ данномъ обществѣ къ государственной власти, не только съ квіетизмомъ населенія, который часто встрѣчается на Востокѣ и выражается какъ безмолвное принятіе существующаго порядка; здѣсь дѣйствуетъ и простой инстинктъ политическаго самосохраненія, присущій всякому жизнеспособному государству при самыхъ различныхъ формахъ правленія. Правовой запросъ сталкивается съ dira necessitas. Это не значитъ, конечно, чтобы право было чѣмъ-то второстепеннымъ для государства, чуть ли не предметомъ роскоши для его сочленовъ; это лишь значитъ, что въ извѣстные исключительные моменты государственной жизни потребность дать возможно полное осуществленіе господству права встрѣчаетъ преграду въ еще болѣе сильной потребности, неустранимой, какъ объективный міръ. Возможность такого конфликта отразилась и въ нѣкоторыхъ сторонахъ жизни современнаго конституціоннаго государства[1]).

номъ правѣ—стр. 300 и сл.—Между тѣмъ П. А. Столыпинъ, отвѣчая въ третьей думѣ на обвиненія, что актъ 3 іюня нарушаетъ основные законы, ссылался лишь на совершенно метаюридическое «право Монарха спасать Россію», какъ на него ссылается и манифестъ 3 іюня 1907 г. Ср. Котляревскій, Юридическія предпосылки, стр. 161.

[1]) Ср. Bischof, Das Notrecht der Staatsgewalt in Gesetzgebung und Regierung. Въ этой уже устарѣвшей (1866) по матеріалу книгѣ сдѣлана не лишенная интереса попытка объединить главныя проявленія права

Сюда можно отнести, напримѣръ, институтъ, который въ нѣмецкой литературѣ получилъ названіе Notverornungsrecht, и который по-русски можетъ быть всего точнѣе обозначенъ какъ чрезвычайно-указное право—институтъ, воплощенный въ 87 ст. нашихъ основныхъ законовъ. Самое его названіе предполагаетъ «чрезвычайность» «необходимость» (Not);—имѣется какъ бы въ виду, что полномочія, имъ создаваемыя, не соотвѣтствуютъ общему укладу государственной жизни. Несомнѣнно подобное несоотвѣтствіе здѣсь существуетъ: чрезвычайно-указное право въ конституціонномъ государствѣ нарушаетъ основной принципъ верховенства закона, въ силу коего измѣненіе стараго закона или созданіе новаго требуетъ согласія народнаго представительства, тогда какъ при чрезвычайномъ это согласіе (или несогласіе) дается post factum, когда новый порядокъ уже началъ дѣйствовать, и многія его послѣдствія прямо непоправимы.

Здѣсь надо различать происхожденіе и юридическую природу института. Исторически чрезвычайно-указное право въ конституціонномъ государствѣ есть прямое наслѣдіе абсолютной монархіи, гдѣ всѣ волеизъявленія главы государства могли имѣть силу закона. Мы его и находимъ по преимуществу въ государствахъ съ сильной монархической властью. Оно дѣйствуетъ въ Австріи, и его не знала Венгрія; оно существуетъ въ Россіи, Японіи, Пруссіи, второстепенныхъ нѣмецкихъ государствахъ, и его нѣтъ въ Англіи, Бельгіи, Голландіи, Италіи и т. д.; его приняла Болгарія, и его отвергла Сербія, гдѣ королевская власть по конституціи 1888 г., отмѣненной при Александрѣ и возстановленной въ 1903 г., сравнительно ограничена. Въ Германіи (имперіи) оно имѣло мѣсто только для Эльзасъ-

государственной необходимости. По опредѣленію S.5: «das Staatsnotrecht... der Inbegriff ausserordentlicher Mittel zur Erhaltung des Staates in Collisienfällen... die interimistische Aufhebung der gewöhnlichen Schranken der Staatsgewalt in Ausnahmezuständen, welche den Staat in seiner Existenz oder deren integrierenden Momenten bedroht».—Никакъ, однако, нельзя расширить это понятіе настолько, что въ него войдетъ и отчужденіе частной собственности для государственныхъ или общественныхъ цѣлей, какъ это дѣлаетъ авторъ—S. 47. Такое «Ausnahmezustand» бываетъ при постройкѣ желѣзной дороги, которая требуетъ отчужденія, и чего-либо угрожающаго государству здѣсь нѣтъ и тѣни.

Лотарингіи, которая вообще управлялась на особомъ положеніи. Далѣе мы можемъ наблюдать, какъ чрезвычайно-указное право постепенно суживается; съ одной стороны, все болѣе подчеркивается его «чрезвычайный характеръ», съ другой—создаются болѣе надежныя гарантіи противъ злоупотребленія имъ: изъемлются извѣстные законы, не подлежащіе измѣненію или введенію въ такомъ порядкѣ, устанавливается обязательный срокъ, въ теченіе коего послѣ начала парламентской сессіи указъ долженъ быть внесенъ на разсмотрѣніе палатъ, автоматическое прекращеніе дѣйствія этого указа въ случаѣ, если одна изъ палатъ его не приметъ и т. д.[1]). Все это очень далеко, напримѣръ, отъ § 14 французской хартіи 1814 г., который часто по нѣкоторому недоразумѣнію сопоставляется съ Notverordnungsrecht[2]), и по которому королю предоставлялись полномочія издавать «ордонансы и распоряженія, необходимыя для исполненія законовъ и для безопасности государства»—полномочія, которыя въ хартіи 1830 г. уже ограничены были рамками существующихъ законовъ[3]). И если въ настоящее время всякое чрезвычайно-указное право чуждо англійскому строю, то еще Локкъ считалъ возможнымъ и даже неизбѣжнымъ измѣненіе въ порядкѣ королевской прерогативы негоднаго избирательнаго закона, въ случаѣ, если заинтересованныя въ его сохраненіи палаты будутъ упорствовать[4]). Наконецъ, создается убѣжденіе, что чрезвычайно-указное право должно быть примѣняемо съ особой осмотрительностью, такъ какъ злоупотребленія имъ исключительно опасны для всего конституціоннаго строя[5]). Все это вмѣстѣ создаетъ

---

[1]) Съ этой стороны поучительно сопоставить, напр., § 66 баденской конституціи 1818 г. и хотя бы знаменитый § 14 австрійскаго основного закона 1867 г. № 141 или нашу 87 ст.

[2]) Такое недоразумѣніе содержится, напримѣръ, у Hatscheck, Der Ursprung der Notverordnungen въ Grünhut's Zeitschrift, 1900, B. 27, S. 1.

[3]) Le Roi... fait les règlements et ordonnances... sans pouvoir jamais ni suspendre des lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution (§ 13).

[4]) On civil government, ch. 13.

[5]) Очень характерное сознаніе этихъ опасностей у Ito въ Commentaries on the constitution of the Empire of Japan, p. 15, особенно въ виду широкой редакціи ст. 8 японской конституціи. Ср. слова Шатобріана въ La monarchie selon la Charte (1816), p. 292: «en vertu de l'article 14 de la charte, qui donne au Roi le pouvoir de faire des règlements et ordonnances

для него оцѣнку, довольно неблагопріятную не только съ политической, но и съ юридической точки зрѣнія [1]).

При этой оцѣнкѣ нельзя сосредоточивать своего вниманія исключительно на исторической основѣ чрезвычайно-указного права, которая дѣйствительно связана съ порядкомъ до-конституціоннымъ. Есть и другая сторона дѣла. Верховенство закона въ конституціонномъ государствѣ предполагаетъ постоянное и правильное функціонированіе парламента: въ настоящее время оно было бы неосуществимо, если бы парламенты собирались такъ, какъ собирались сословные чины—по мѣрѣ надобности. Теперь, когда всѣ европейскія и внѣ-европейскія палаты перегружены законодательнымъ матеріаломъ, потребность сдѣлать парламентскій механизмъ болѣе работоспособнымъ ясно опредѣляется въ наказахъ и заставляетъ значительно ограничивать, такъ сказать, въ *количественномъ* смыслѣ свободу парламентскаго слова; эта же потребность укрѣпляетъ мысль о желательности широкой децентрализаціи, расширенія компетенціи мѣстныхъ органовъ самоуправленія за счетъ парламента и т. п. А замедленія въ бюджетѣ при усложненномъ государственномъ порядкѣ сказываются все болѣе чувствительно. Словомъ, безъ весьма работоспособнаго парламента не можетъ быть въ настоящее время сколько-нибудь правильной конституціонной жизни. Между тѣмъ этой работоспособности угрожаетъ новое явленіе парламентскаго быта—обструкція, явленіе пока еще далеко недостаточно освѣщенное въ юридической литературѣ [2]).

---

nécessaires... pour la sûreté de l'Etat les ministres ne pourraient-ils pas voir la sûreté de l'Etat partout, où ils verront la sûreté de leurs places? Il y a tant de constitutionnels, qui gouvernent aujourd'hui avec les ordonances qu'il est possible, qu'un beau matin toute la charte soit confisquée au profit de l'article 14».

[1]) А. С. Алексѣевъ, Происхожденіе чрезвычайно-указного права и его политическое значеніе—Юридическій Вѣстникъ, Кн. I, стр. 57.

[2]) Очень цѣнные, хотя нѣсколько бѣглые этюды Радницкаго (Radnitzky): Das Wesen der Obstructionstaktik въ Grünhut's Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart, B. 29, S. 480—обструкція есть аналогонъ къ Prozessschikane; его же Die Rechtslehre der Obstruction,—ibid., B. 33, S. 39: «die Obstruction... nicht nur ein Unrecht, sondern das absolute Unrecht auf dem Gebiete des Verhandlungsrechts».—Едва ли можно вполнѣ согласиться съ доводами Іеллинека въ его Recht der Minoritäten,

Противники парламентаризма иногда склонны видѣть въ обструкціи коррективъ къ господству парламентскаго большинства [1]). Они забываютъ, что обструкція занимала исключительно видное мѣсто въ парламентскихъ анналахъ дуалистической Австріи. Да и по существу непонятно, почему отсутствіе обязательной политической солидарности между правительствомъ и палатами предупреждаетъ обструкцію. Напрасно вообще для нея искать какого-либо правового обоснованія. Депутатъ, прибѣгающій къ обструкціи, разрушаетъ то самое учрежденіе, часть котораго онъ составляетъ. И въ этомъ смыслѣ нѣтъ принципіальной противоположности между обструкціей словесной и «дѣйственной», которая есть уже переходъ къ «прямому дѣйствію», рекомендованному синдикалистами. Можно понять психологію обструкціи, но говорить о правѣ обструкціи такъ же странно, какъ говорить о правѣ саботажа [2]).

Все это довольно ясно, но все это не устраняетъ факта обструкціи. Въ Австріи она питалась національной рознью, которая отнюдь не прекратилась съ введеніемъ всеобщаго избирательнаго права. Можно сказать, самая національная рознь связана была здѣсь съ несостоятельностью государственнаго строя, необходимы были болѣе широкія областныя автономіи, необходимо было привить Австріи нѣкоторые элементы федерализма и въ то же время на мѣстахъ оградить права національнаго меньшинства: вѣдь обструкція прочно укоренилась и въ провинціальныхъ ландтагахъ,—достаточно прослѣдить за послѣдніе годы исторію Богеміи и Галиціи. Можно, съ другой стороны, строго осуждать

S. 36—доводами, которые явственно отражаютъ впечатлѣніе отъ австрійскихъ событій. Ср. его позднѣйшій этюдъ Die parlamentarische Obstruction (1903) въ Ausgewählte Reden und Aufsätze, B. II, S. 429: «so ist denn die Obstruction in dem weltgeschichtlichen Kampfe zwischen Herrschaft und Freiheit keine Verbündete der letzeren. Sie dient dem Imperium, nicht der Libertät, indem sie die Grunlagen der politischen Freiheit zerstört».

[1]) Напр. Ofner, Gefahr des Parlamentarismus für das Recht въ Archiv für das öffentliche Recht, B. 17.

[2]) Можно сказать, словесная обструкція представляетъ яркій примѣръ détournement de pouvoir со стороны производящихъ ея депутатовъ, хотя вообще это понятіе въ примѣненіи къ законодательнымъ органамъ возбуждаетъ весьма трудные вопросы.

примѣненіе на практикѣ § 14 въ Австріи [1]), но все же трудно себѣ представить, какимъ образомъ Австрія могла бы существовать въ концѣ XIX и началѣ XX вѣка—съ реальнымъ соотношеніемъ ея національностей, съ ихъ психологіей, и наличными вообще чертами государственнаго строя—безъ § 14. Несомнѣнно, напримѣръ, проведеніе въ этомъ порядкѣ бюджета нарушаетъ самыя существенныя права законодательныхъ органовъ. Но нужно, чтобы указанные органы имѣли фактическую возможность осуществлять свои права [2]).

Впрочемъ, развѣ партіи, прибѣгающія къ обструкціи, вообще скрываютъ, что они хотятъ пріостановить дѣятельность парламента, ту дѣятельность, съ которой неразрывно связано осуществленіе верховенства закона. Указываютъ, что противъ обструкціи дѣйствительныя средства можетъ дать парламентскій наказъ. Но чѣмъ болѣе они «дѣйствительны», тѣмъ болѣе они поражаютъ первое условіе дѣятельности современнаго народнаго представительства—свободу парламентскаго слова, поражаютъ вообще права меньшинства. Такъ именно отразилась

---

[1]) Notverordnungsrecht и въ Австріи и въ другихъ нѣмецкихъ странахъ не только примѣнялось на практикѣ съ злоупотребленіями, но и получило весьма тенденціозное, расширенное толкованіе въ теоріи, въ юридической литературѣ. Совершенно непонятно, напримѣръ, какъ могъ доказывать Менцель, что указъ, изданный въ Австріи въ порядкѣ ст. 14, долженъ считаться отклоненнымъ, лишь когда противъ него высказались обѣ палаты рейхсрата? Мы ясно читаемъ въ § 14: «die Gesetzeskraft dieser Verordnung erlischt, wenn dieselbe... die Genehmigung einer der beiden Häuser des Reichsrates nicht erhalten».—Такъ же обстоитъ дѣло съ вопросомъ, прекращается ли дѣйствіе чрезвычайныхъ указовъ автоматически при непринятіи ихъ палатами, или здѣсь требуется особая публикація? Вполнѣ правильно Шпигель даетъ первое рѣшеніе, хотя вообще онъ склоняется къ весьма широкому истолкованію полномочій, даваемыхъ въ § 14. Die kaiserlichen Verordnungen, S. 204.—Странно, что Опперманъ, который вообще предостерегаетъ противъ расширеннаго истолкованія 63 ст. прусской конституціи, вопреки Рöнне признаетъ, что одно непринятіе палатами не прекращаетъ дѣйствія чрезвычайнаго указа: для этого требуется особое объявленіе правительства. — Das Notverordnungsrecht der preussischen Verfassung, s. 48.

[2]) Spiegel, Das Budgertecht der Obstructionsäre въ Grünhut's Zeitschrift für das pr. und öff. Recht, B. 29, S. 259.

на англійскомъ парламентскомъ наказѣ ирландская обструкція[1]), такъ измѣненъ былъ наказъ венгерской нижней палаты въ 1912 г. во время президентства гр. Тиссы, которое ознаменовалось небывалыми фактами насилія въ парламентѣ.

Съ правовой точки зрѣнія особенно существенно не только обязательство внести чрезвычайный указъ въ возможно короткій срокъ съ начала сессіи на разсмотрѣніе палатъ, не только автоматическое прекращеніе его дѣйствія въ случаѣ непринятія, но и признаніе недопустимости пользоваться этимъ правомъ, съ цѣлью сломить сопротивленіе палатъ извѣстной мѣрѣ— пользоваться имъ, когда есть налицо презумпція парламентскаго несогласія [2]).

Самое же существенное—чтобы чрезвычайно-указное право примѣнялось лишь тамъ, гдѣ есть дѣйствительно «чрезвычайныя обстоятельства», дѣйствительная «необходимость». А такъ какъ необходимость всегда конкретна, то и вызываемая ею мѣра не должна имѣть общаго характера. Недородъ можетъ заставить правительство въ чрезвычайно-указномъ порядкѣ измѣнить законъ о движеніи грузовъ по желѣзнымъ дорогамъ, даже ограничить вывозъ хлѣба за границу; — ему достаточно здѣсь принять эти мѣры на время, въ теченіе котораго недородъ вызываетъ необходимость отступленія отъ общаго порядка. Но было бы несомнѣннымъ нарушеніемъ смысла 87 ст., если бы у насъ, напримѣръ, по случаю недорода былъ изданъ въ ея порядкѣ новый продоволь-

---

[1]) Reynaert, Histoire de la discipline parlementaire v. I, p. 382 etc. (вобще много цѣннаго по исторіи парламентскихъ наказовъ). Ср. съ ирландской точки зрѣнія. O'Donnel, A history of the irish parliamentary party, v. II, p. 19.

[2]) Поэтому никакъ нельзя принять мнѣній Шпигеля (Die kaiserlichen Verordnungen mit provisorischen Gesetzeskraft nach oesterreichischen Staatsrecht, S. 25) и Глацера (Das Recht der provisorischen Gesetzgebung in Sonderheit nach preussischem Staatsrechte, S. 28), допускающими закономѣрность роспуска палатъ ради примѣненія чрезвычайно - указного права. Ср. у бар. Б. Э. Нольде—Очерки русскаго государственнаго права, с. 40.—Незакономѣрность пользованія 87 ст. для введенія въ 1912 г. земствъ въ западныхъ губерніяхъ послѣ отклоненія въ государственномъ совѣтѣ соотвѣтственнаго законопроекта была признана и думой и совѣтомъ.

ственный уставъ на будущее время вообще [1]). Можно сказать, что чрезвычайно-указное право вовсе не имѣетъ въ виду создавать новыя нормы, новые матеріальные законы; такого полномочія правительству оно не даетъ; ни 87 статья, ни параллельныя ей статьи западно-евпорейскихъ и внѣ-европейскихъ конституцій вовсе не указываютъ особаго субсидіарнаго пути для органическаго законодательства [2]).

Итальянскій юристъ Пеллегрини въ своей монографіи о правѣ необходимости[3]) ставитъ вопросъ, совмѣстимы ли съ конституціоннымъ строемъ чрезвычайно-указное право и исключительныя положенія, и приходитъ къ заключенію, что оба эти института свойственны государствамъ, которыя являются конституціонными по формѣ, но остаются абсолютными по существу. Можно спорить объ этомъ выводѣ, но въ самомъ сопоставленіи приведенныхъ институтовъ есть большой смыслъ; оба они вытекаютъ изъ признанія государственной необходимости, только въ исключительныхъ положеніяхъ послѣдняя проявляется въ гораздо болѣе элементарной, грубой формѣ. Здѣсь предполагается такое состояніе государства, когда потребность въ порядкѣ и безопасности становится чрезвычайно острой и перевѣшиваетъ обычные правовые мотивы. Есть эпохи, когда общество или вліятельные общественные классы мирятся съ ограниченіями свободы, съ прямымъ деспотизмомъ, разъ только деспотическая власть обѣщаетъ минимумъ спокойствія и порядка. Таковъ частый эпилогъ революцій, смѣна ихъ диктатурой—ходъ событій, почти одинаковый во времена греческихъ тиранновъ и въ дни Наполеона III. Исключительное положеніе предпола-

---

[1]) Отсюда и правовая недопустимость созданія постоянныхъ налоговъ въ чрезвычайно-указномъ порядкѣ—вопреки Шпигелю, Die kaiserliche Verordnungen, S. 101.

[2]) Между тѣмъ такое значеніе у насъ получила 87 ст. Можно по существу быть убѣжденнымъ сторонникомъ цѣлей, которыя преслѣдовалъ указъ 9 ноября 1906 г., но нельзя не видѣть, что измѣненіе вѣковыхъ формъ крестьянскаго землепользованія представляетъ полную противоположность понятію «чрезвычайныхъ обстоятельствъ».

[3]) Pellegrini, Il diritto di Necessita nel Costituzionalismo giuridico, Roma, 1903. Ср. у Orlando, Trattato completo di diritto amministrativo italiano, v. III, p. 192 (объ i decreti d'urgenza).

гаетъ исключительныя, болѣе или менѣе скоропреходящія обстоятельства; послѣднимъ соотвѣтствуютъ опредѣленныя нормы, разсчитанныя также на кратковременное примѣненіе и болѣе или менѣе существенно отступающія отъ обычнаго порядка. И поскольку въ нихъ явственно заключается такое противоположеніе обычнаго и чрезвычайнаго, онѣ нисколько не исключаютъ для этого обычнаго порядка полнаго признанія верховенства права.

Насколько неизбѣжны исключительныя положенія? Англія и здѣсь не имѣетъ параллелей континентальному законодательству. Въ исторія ея мы находимъ Riot Act и Coercion Act; эпоха войны съ революціонной Франціей и съ Наполеономъ была также эпохой широкаго примѣненія исключительныхъ мѣръ; но въ настоящее время ихъ нѣтъ. Изъ этого, однако, отнюдь не слѣдуетъ, чтобы англійское право не признавало необходимости, какъ основанія для отступленія отъ общаго порядка—только эта необходимость должна быть совершенно непосредственной; здѣсь лишь воспроизводится правило: vim vi repellere licet. Дайси указываетъ, что военное положеніе въ Англіи невозможно въ мирное время; но непогрѣшимаго критерія, позволяющаго опредѣлить, переживается ли въ данной мѣстности Англіи мирное время или нѣтъ,—не существуетъ; этотъ вопросъ разрѣшается судами, какъ ими разрѣшается вообще и вопросъ о предѣлахъ тѣхъ отклоненій отъ обычнаго законнаго порядка, которыя оправдываются необходимостью [1]). Въ этомъ случаѣ существуетъ полная аналогія между отношеніями англійскаго права къ государственной необходимости и къ гражданской свободѣ. И та и другая регулируются не спеціальными законодательными нормами, а рѣшеніями судовъ: предполагается, что они съ одинаковой стойкостью охраняютъ и права гражданъ отъ всякаго произвольнаго ихъ нарушенія, и обязанность государственной власти [2])

---

[1]) Дайси приводитъ слова Мэкинтоша: «если военное положеніе переживаетъ необходимость, на которой оно покоится, одной только минутой, оно мгновенно становится простымъ проявленіемъ беззаконнаго насилія». Introduction to the study of the law of the constitution, 7 ed., p. 541. Ср. Wilfling, Der administrative Waffengebrauch, S. 103.

[2]) И даже всѣхъ гражданъ, обязанныхъ по англійскому праву участвовать въ подавленіи бунта.

не останавливаться передъ этими правами, когда необходимо отразить насиліе, въ тѣхъ предѣлахъ, въ которыхъ это необходимо для отраженія.

Въ противность этому на материкѣ Европы преобладаетъ законодательная регламентація исключительныхъ положеній, при чемъ формальныя условія ихъ введенія весьма сильно колеблются[1]). Въ Россіи согласно ст. 15 о. з. объявленіе мѣстностей на исключительномъ положеніи совершается въ порядкѣ верховнаго управленія; законодательные органы лишены здѣсь даже всякаго косвеннаго участія: они не могутъ, напримѣръ, предъявить запроса министру внутреннихъ дѣлъ по поводу объявленія извѣстной мѣстности Россіи хотя бы на военномъ положеніи, ибо такое объявленіе не составляетъ формально незакономѣрнаго акта. Какой контрастъ съ дѣйствующимъ до сихъ поръ французскимъ закономъ: état de siège вводится въ законодательномъ порядкѣ; во время парламентскихъ вакацій его можетъ объявить президентъ, но тогда палаты собираются de droit въ теченіе двухъ дней послѣ объявленія; если палата депутатовъ распущена, осадное положеніе можетъ быть объявлено только при вторженіи непріятеля, и тогда немедленно назначаются выборы. Эти чрезвычайныя предосторожности показываютъ, какими важными и отвѣтственными признаются послѣдствія самаго акта, создаваемыя имъ отступленія отъ общаго права[2]). Дѣйствительно, при état de siège гражданская власть передаетъ значительную часть своихъ полномочій военной; для болѣе серьезныхъ преступленій, хотя бы они были совершены штатскими, вводятся военные суды; военная власть можетъ производить обыски, аресты, высылку, запрещать собранія, конфисковать произведенія печати и т. п.. Бросается въ глаза этотъ контрастъ заботъ о формальныхъ гарантіяхъ противъ того, чтобы осадное положеніе объявлялось безъ дѣйствительной необходимости, удостовѣренной законодательными органами, и между диктаторскими полномочіями, предоста-

---

[1]) В. М. Гессенъ, Исключительное положеніе, стр. 148.

[2]) О формально-конституціонныхъ гарантіяхъ у Pierre, Traité de droit politique électoral et parlementaire (1907), p. 641 («l'état de siège...— la situation... la plus douloureuse dans laquelle un peuple peut tomber»).

вляемыми военной власти съ той минуты, когда подобная необходимость будетъ удостовѣрена.

Ни одно государство не можетъ быть обезпечено отъ внѣшняго вторженія и отъ гражданской войны [1]), вообще отъ наступленія такихъ обстоятельствъ, когда обычно признанныя права гражданъ существенно и въ то же время неизбѣжно нарушаются [2]). Съ точки зрѣнія правового государства англійскій способъ реагировать на подобныя обстоятельства представляетъ очень большія преимущества,—но въ концѣ концовъ они всецѣло зависятъ отъ господствующихъ взглядовъ и настроеній судовъ. Здѣсь приходится повторять уже сказанное по поводу этого контраста Англіи и континентальной Европы: во многихъ странахъ подобная свобода судейскаго усмотрѣнія могла бы оказаться для свободы гражданской не менѣе роковой, чѣмъ наличность неудовлетворительныхъ законовъ объ исключительномъ положеніи. И здѣсь нельзя дать общаго и абсолютнаго рѣшенія.

Поскольку избирается путь не судебнаго усмотрѣнія, а законодательной регламентаціи, главныя правовыя гарантіи сводятся къ двумъ. Во-первыхъ, введеніе исключительнаго положенія, при которомъ останавливается дѣйствіе обыкновенныхъ законовъ, принципіально должно производиться въ законодательной формѣ, а въ случаѣ парламентскихъ вакацій—въ формѣ чрезвычайно-указной или просто указной, но во всякомъ случаѣ съ послѣдующей санкціей парламента. Нѣтъ никакого основанія думать, что палаты окажутся враждебными мѣрѣ, которая дѣй-

---

[1]) Даже страны, которыя въ настоящее время пользуются глубокимъ и прочнымъ соціальнымъ миромъ и которымъ ничто не угрожаетъ извнѣ, напримѣръ, скандинавскія государства, особенно Норвегія. Кто можетъ поручиться, что и здѣсь не могли бы отразиться европейскія внѣшнія и внутреннія потрясенія? Современная война въ этомъ смыслѣ достаточно поучительна.

[2]) По поводу 68 ст. германской конституціи, дающей императору право объявлять любую часть имперіи на военномъ положеніи, Лабандъ полагаетъ, что право это вытекаетъ изъ военнаго верховенства императора, а не полицейскаго. Das Staatsrecht des deutschen Reiches, B. IV, S. 40. То же мнѣніе у Haldy въ Der Belagerungszustand in Preussen, S. 22 (относительно имперіи и Пруссіи). О сродствѣ stato di guerra и stato d'assedio въ Италіи см. Orlando, Trattato completo di diritto amministrativo italiano v. IV p. 1163.

ствительно необходима для общественной безопасности. Въ крайнемъ случаѣ, передъ лицомъ внѣшней или гражданской войны въ законодательномъ порядкѣ можетъ быть дано правительству заранѣе временное полномочіе вводить по мѣрѣ необходимости исключительное положеніе [1]). Главное—не долженъ быть никоимъ образомъ утраченъ взглядъ на исключительное положеніе, какъ на нѣчто дѣйствительно вполнѣ исключительное и экстренное. А, во-вторыхъ, эти положенія должны пріостанавливать гражданскія права и вообще обычный порядокъ лишь въ предѣлахъ строгой необходимости. Onus probandi здѣсь лежитъ на томъ, кто предлагаетъ вводить подобныя ограниченія. Одной необходимостью бороться противъ смуты вовсе не оправдывается, напримѣръ, замѣна гражданскаго суда по ряду дѣлъ военнымъ. Смыслъ исключительнаго положенія—вовсе не въ жестокости репрессіи, а въ охранѣ порядка. Между тѣмъ при этихъ положеніяхъ вообще существуетъ постоянная опасность détournement de pouvoir со стороны властей, которыя слишкомъ легко становятся склонны примѣнять свои столь широкія полномочія за непосредственными предѣлами тѣхъ цѣлей, ради которыхъ они даны. Въ этихъ двухъ ограниченіяхъ—формальномъ и матеріальномъ—и лежитъ возможность относительнаго сохраненія столь драгоцѣнныхъ для общества правовыхъ началъ передъ лицомъ повелительной необходимости.

Не разъ дѣлалось противопоставленіе государства правового типа и государства типа военнаго—и, несмотря на его неточность, въ немъ есть историческій и соціологическій смыслъ. Военное самосохраненіе и самоутвержденіе не только поглощаетъ огромныя средства; оно заставляетъ приспособлять къ себѣ весь государственный порядокъ. Вся правовая исторія Англіи отражаетъ тотъ фактъ, что благодаря островному положенію и перевѣсу надъ Шотландіей, а впослѣдствіи соединенію съ ней, можно было не опасаться иноземнаго вторженія. Вся

[1]) Таковъ былъ итальянскій законъ 22 мая 1915 г. принятый палатами въ виду выступленія Италіи.

исторія московской Руси съ ея прикрѣпленіемъ сословій къ государственному тяглу обнаруживаетъ этотъ характеръ «военнаго стана», который, по словамъ В. О. Ключевскаго, такъ присущъ былъ государству, родившемуся «не на скопидомномъ сундукѣ Калиты, а на Куликовомъ полѣ»; неудивительно, если «военное по происхожденію, оно устроилось по военному»[1]). Въ ослабленіи Швеціи и гибели Польши не послѣднюю роль играло несоотвѣтствіе ихъ государственнаго строя тѣмъ тяжелымъ военнымъ задачамъ, которыя были передъ этими странами поставлены. Какой контрастъ съ Пруссіей, гдѣ, напротивъ, соотвѣтствіе было чрезмѣрно-полное, гдѣ получилась «страна при арміи»[2]). Военная опасность требуетъ особой энергіи и концентраціи власти; она вызвала къ жизни и прототипъ позднѣйшихъ диктатуръ—римскую диктатуру. Здѣсь оказываются второстепенными различія монархической и республиканской формъ правленія: какими широкими полномочіями облекается въ военное время президентъ Соединенныхъ Штатовъ![3]).

Измѣнчивы здѣсь внѣшнія условія, измѣнчива и политическая психологія страны. Когда вырабатывалась конституція Соединенныхъ Штатовъ, ея авторы полагали, что Америкѣ вовсе не придется вести сложной внѣшней политики, въ которой истощаютъ свои силы старыя европейскія государства, и что такимъ образомъ чрезвычайно сокращаются поводы для вооруженныхъ столкновеній. Они были далеки отъ всякаго предвидѣнія новѣйшаго американскаго имперіализма, который давно вышелъ за предѣлы доктрины Монроэ. Но, быть можетъ, самый разительный примѣръ даетъ здѣсь исторія французской революціи. Она начинается съ торжественнаго отказа отъ всякихъ завоевательныхъ войнъ, съ провозглашенія международнаго братства и кончается полнымъ возвращеніемъ на избитые пути политики «raison d'état» и далѣе завоевательнымъ имперіализмомъ Наполеона. Конституція 1791 г. принимаетъ всевозможныя мѣры противъ того, чтобы армія оказывала вліяніе на внутреннюю жизнь государства, и черезъ нѣсколько лѣтъ эта жизнь начи-

---

[1]) Боярская дума, стр. 306.

[2]) Замѣчательныя страницы о военномъ характерѣ Пруссіи у Мирабо въ его La monarchie prussienne (1788), v. IV, p. II, p. 341 etc.

[3]) Burgess, Political science, v. II p. 155.

наетъ совершенно непосредственно отражать всѣ перипетіи военной судьбы, и во власть арміи переходитъ конечное рѣшеніе вопросовъ о государственномъ строѣ Франціи: она произноситъ это рѣшительное слово и 18 фруктидора и 18 брюмера [1]).

Не будемъ говорить здѣсь объ условіяхъ исключительныхъ. Всякое современное государство обречено нести болѣе или менѣе тяжелыя жертвы для обезпеченія своей безопасности—и эти жертвы не ограничиваются цифрами военныхъ и морскихъ бюджетовъ, не ограничиваются временемъ, которое берется отъ производительнаго труда населенія и посвящается военной подготовкѣ; онѣ выражаются и въ умаленіи того правового status, которымъ обычно пользуются члены государственнаго союза. Всюду, напримѣръ, мы видимъ при самомъ широкомъ избирательномъ правѣ устраненіе отъ него дѣйствующей арміи—устраненіе, которое въ одинаковой степени вызывается необходимостью охранять свободу выборовъ и военную дисциплину [2]). Размѣры этого умаленія, какъ и размѣры жертвъ вообще, требуемыхъ государственной безопасностью, болѣе всего опредѣляются такими объективными условіями, измѣнить которыхъ по своей волѣ государство не можетъ. Бремя милитаризма было гораздо менѣе тяжело въ скандинавскихъ странахъ, чѣмъ во Франціи и Германіи;—и это бросалось въ глаза простому наблюдателю; но чистый призракъ военной опасности съ востока, не имѣющій никакого реальнаго основанія, создаетъ уже готовность значительно увеличить военные расходы и военную службу даже въ столь миролюбивой и культурной Швеціи. Совсѣмъ освободить себя отъ такой заботы не могутъ государства, кото-

---

[1]) Полная картина этой перемѣны дана въ классическомъ трудѣ Сореля, L'Europe et la révolution française—трудѣ, который имѣетъ не только исключительный конкретно-историческій, но и глубокій философскій интересъ.

[2]) Ср. А. Грековъ, Правовое положеніе арміи въ государствѣ, стр. 89 и сл. Коркуновъ указываетъ, что русское положительное право въ извѣстныхъ предѣлахъ допускаетъ сопротивленіе незаконнымъ дѣйствіямъ органовъ власти и сопоставляетъ здѣсь 101 ст. улож. о наказ., которая говоритъ о необходимой самооборонѣ общимъ образомъ, не выдѣляя здѣсь органовъ власти, и 71 ст. воин. устава о наказ., которая исключаетъ примѣнимость общихъ правилъ объ оборонѣ къ отношеніямъ подчиненныхъ и начальниковъ въ арміи. Русское государственное право (изд. 6-е), т. I, стр. 617.

рымъ международная санкція обезпечиваетъ постоянный нейтралитетъ. Послѣ нападенія Германіи на Бельгію не нужно этого доказывать.

Этимъ экономическимъ и правовымъ послѣдствіямъ милитаризма новѣйшій соціализмъ противополагалъ идею международной солидарности рабочихъ классовъ и программу замѣны постоянныхъ армій милиціями. Относительно первой опытъ показалъ, насколько мало ея сознаніе способно устранить особые въ территоріальномъ и національномъ смыслѣ интересы среди самихъ рабочихъ классовъ. Достаточно вспомнить хотя бы разногласія по поводу колоніальныхъ вопросовъ [1]). Не будемъ уже здѣсь говорить о современной европейской войнѣ, гдѣ эта международная солидарность оказалась чистой фикціей, и нѣмецкая соціалъ-демократія санкціонировала явно наступательную войну. Требованіе же немедленнаго перехода къ милиціи самими соціалистическими партіями можетъ быть предъявляемо въ настоящее время, лишь поскольку эти партіи стоятъ на почвѣ совершенно безотвѣтственной критики существующаго строя [2]); лишь только онѣ приближаются къ политической дѣйствительности, онѣ принуждены признать постоянную армію, какъ гарантію безопасности и независимости: рѣчь начинаетъ итти о сравнительно частныхъ реформахъ, какъ сокращеніи срока дѣйствительной военной службы, ограниченіи или уничтоженіи военныхъ судовъ, отмѣнѣ денщиковъ и т. п. И соціалисты не могли выйти изъ этой международной атмосферы, постоянно насыщенной электричествомъ. Люди, вотировавшіе

---

[1]) Весьма интересныя соображенія у Бернштейна по поводу занятія Кіао-Чау и вообще отношеній Германіи и Китая,—Voraussetzungen des Sozialismus, S. 146. Ср. статью Вандервельде, Die Sozialdemokratie und Kolonialpolitik въ Die Neue Zeit, 1909, 19 Febr.—Замѣчательно, что на штутгартскомъ конгрессѣ 1907 г. резолюція по поводу колоніальной политики въ ортодоксальномъ духѣ прошла голосами румынъ, русинъ, поляковъ и испанцевъ при рѣшительномъ протестѣ вліятельнѣйшей изъ рабочихъ партій Англіи Independent Labour Party.

[2]) Уже давно вполнѣ доказано, какъ легкомысленны здѣсь обычныя ссылки на войска буровъ, которыя представляли изъ себя будто бы народныя милиціи. Впрочемъ, эти войска не могли предотвратить поглощенія Трансвааля и Оранжевой республики Англіей. Ср. Bernstein, Voraussetzungen, S. 142.

противъ трехлѣтней военной службы во Франціи, принуждены въ роковую годину осуществлять этотъ законъ, оказавшійся спасеніемъ Франціи.

На нашихъ глазахъ балканская война дала европейскому милитаризму новый толчокъ, который едва ли будетъ преувеличеніемъ сравнить съ послѣдствіями франко-прусской войны 1870—71 г. Если въ предшествующіе годы главное мѣсто въ хроникѣ европейскихъ вооруженій занималъ «морской спортъ»—соревнованіе судостроительныхъ программъ и постройка сверхъдредноутовъ [1]), то теперь въ эту хронику вписанъ и переходъ къ трехлѣтней военной службѣ во Франціи, и новый военный законъ въ Германіи, и новыя увеличенія арміи въ Россіи и Австро-Венгріи, и относительно огромныя военныя приготовленія во второстепенныхъ государствахъ—какъ Сербія, Румынія. Въ Англіи вопросъ если не о введеніи всеобщей воинской повинности, то о приближеніи къ ней составлялъ предметъ серьезнаго и дѣлового обсужденія задолго до современной войны. Послѣдняя поставила этотъ вопросъ, какъ властное требованіе національной самозащиты. Было какое-то парадоксальное противорѣчіе между растущимъ страхомъ нарушить европейскій миръ, сознаніемъ неисчислимыхъ послѣдствій этого нарушенія, чрезвычайной отвѣтственности, съ нимъ связанной—и между этими возрастающими вооруженіями, бремя которыхъ возлагали на себя государства, различныя по своимъ соціальнымъ и культурнымъ устоямъ, различныя и по степени воплощенія въ нихъ правовыхъ началъ. Разрѣшить это парадоксальное противорѣчіе, очевидно, не въ силахъ былъ самый гуманистически настроенный пасифизмъ, какъ не былъ послѣдній въ состояніи предупредить великую катастрофу европейской войны [2]).

---

[1]) Такое тяготѣніе къ самымъ крупнымъ броненоснымъ единицамъ, которыя чуть ли не однѣ идутъ въ счетъ и въ то же время стоятъ все болѣе колоссальныя суммы, дѣлало судостроительное соперничество еще напряженнѣе.

[2]) Это было противорѣчіе не только съ нравственными и правовыми требованіями, но и съ простымъ эгоистическимъ расчетомъ, какъ это весьма убѣдительно показано въ книгѣ Нормана Энжеля (Angell), The great illusion—книгѣ, шумный успѣхъ которой былъ въ рѣдкой мѣрѣ заслуженнымъ. Среди безчисленныхъ попытокъ установить роль войны въ грядущемъ человѣчествѣ, попытокъ, проникнутыхъ болѣе или менѣе утопиче-

Было бы интересной задачей прослѣдить, насколько требованія военной мощи отражаются на организаціи и дѣятельности конституціоннаго государства[1]). Можно напомнить, что значительная часть военнаго и особенно морского бюджета фактически оказывается забронированной на рядъ лѣтъ даже тамъ, гдѣ нѣтъ, какъ въ Германіи, секстенатовъ и септенатовъ. Никакія программы военнаго судостроенія не были бы возможны, если бы представлялось вѣроятнымъ, что въ слѣдующемъ году парламентъ остановитъ и даже совсѣмъ отклонитъ принятый планъ. Современныя палаты признаютъ здѣсь обязательной извѣстную послѣдовательность. Когда Пельтанъ, морской министръ въ кабинетѣ Комба, будучи сторонникомъ торпедно-миннаго флота, задержалъ постройку линейныхъ броненосцевъ, онъ встрѣтилъ чрезвычайно суровую критику даже въ средѣ ему политически близкой. Столь же недопустимо со стороны парламента бросить на полпути перевооруженіе артиллеріи, перестройку крѣпостей, долженствующихъ обезпечить извѣстный фронтъ, созданіе стратегически необходимой желѣзнодорожной сѣти и т.п. Затѣмъ вообще дѣло государственной обороны не можетъ быть окружено той степенью публичности, которая совершенно естественна и съ правовой точки зрѣнія обязательна въ другихъ отрасляхъ государственной дѣятельности. Такое ограниченіе имѣетъ весьма невыгодныя послѣдствія: оно создаетъ благопріятную почву для развитія авантюризма, денежныхъ спекуляцій, прямой недобросовѣстности; имъ можно злоупотреблять, создавая мракъ тамъ, гдѣ все осуществимо при дневномъ свѣтѣ—но въ извѣстныхъ предѣлахъ оно неизбѣжно: нужно только, чтобы оно уравновѣшивалось дѣйствительной отвѣтственностью, общей для всѣхъ безъ различія служебныхъ положеній и ранговъ.

скимъ настроеніемъ, выгодно выдѣлялись мысли Уэльса: War in the twentieth century—Anticipations, p. 162.

[1]) Charmont, Le droit et l'esprit démocratique p. 148, ch. «L'armée et la démocratie». Нечего говорить, насколько существененъ и обратный процессъ; видоизмѣненіе политическихъ учрежденій, нравовъ и условій влечетъ измѣненіе учрежденій, нравовъ и условій военныхъ. — Lavisse, L'armée à travers les âges, p. 8. Boguslavski, Betrachtungen über Heerwesen und Kriegsführung. S. 9. Cp. L. Stein, Die Lehre vom Heerwesen S. 165.

Отсюда нельзя еще заключить о принципіальномъ противорѣчіи между началами правового государства и требованіями государственной безопасности и мощи. Напротивъ того: извѣстный минимумъ правопорядка необходимъ для самой безопасности, не говоря уже о мощи [1]). Часто, особенно на Востокѣ, реформа военнаго дѣла, начатая подъ вліяніемъ столкновеній съ болѣе культурными и потому болѣе сильными націями, приводила къ реформѣ государственнаго строя и учрежденій. Такой толчокъ получила и Японія во второй половинѣ XIX вѣка [2]), такъ начался и турецкій танзиматъ, въ которомъ призрачность и эфемерность этихъ реформъ самымъ печальнымъ образомъ отразились на военной исторіи Турціи [3]). Не должно быть предано забвенію политическое предостереженіе, которое дала русско-японская война. И если государственная необходимость не допускаетъ полнаго осуществленія правовыхъ идеаловъ, то не менѣе необходимы правовыя гарантіи противъ того, чтобы злоупотребляли ссылками на нее и оправдывали всякій произволъ.

Все это касается государственнаго устройства въ цѣломъ, касается и организаціи вооруженныхъ силъ въ государствѣ. Необходимо прежде всего, чтобы военная дисциплина не вырождалась въ какое-то порабощеніе, чтобы повышенной отвѣтственности за нарушеніе обязанностей повиновенія соотвѣтствовала дѣйствительная отвѣтственность за всякія злоупотребленія власти. Военная дисциплина вообще не должна ограничивать правъ ей подчиненныхъ больше, чѣмъ это дѣйствительно необходимо для военнаго воспитанія и подготовки. Существуетъ пагубный предразсудокъ, который видитъ задачу такой подготовки въ осуществленіи знаменитаго орденскаго правила prout cadaver esto, въ превращеніи человѣка въ безвольное орудіе: онъ въ корнѣ противорѣчитъ условіямъ современной войны,

---

[1]) Котляревскій, Правовое государство и внѣшняя политика стр. 235.

[2]) Suyematzu, L'empire du soleil levant p. 298.

[3]) Въ своей монографіи La Turquie et le tanzimat Энгельгардтъ (Engelhardt) указываетъ, что исходной точкой для этихъ реформъ, намѣченныхъ въ гатти-шерифѣ 1839 и гатти-гамаюнѣ 1856 г., явилось уничтоженіе во время греческой войны янычаръ, повлекшее за собой реорганизацію военныхъ силъ Турціи.—v. I, p. 13 etc.

гдѣ столь многое зависитъ отъ сознательности каждаго отдѣльнаго солдата [1]), и въ частности практикѣ получившаго такое значеніе разсыпного строя. Но нѣкоторые пережитки этого предразсудка остались во многихъ современныхъ военныхъ законодательствахъ, остались еще болѣе въ нравахъ, которые обладаютъ большей силой инерціи, чѣмъ законы.

Вообще въ государствѣ, признающемъ господство права, армія сама должна воплощать въ своей организаціи возможный максимумъ правовыхъ началъ. При режимѣ всеобщей воинской повинности, который является не только фактической необходимостью для большинства современныхъ государствъ, но имѣетъ глубокое правовое обоснованіе, армія не можетъ быть такимъ особымъ міромъ, гдѣ все противоположно по сравненію съ міромъ окружающимъ, и если она далека отъ типа народной милиціи, то еще дальше она отъ положенія преторіанцевъ и янычаръ. Установить здѣсь апріорно опредѣленныя рѣшенія, конечно, невозможно, но вполнѣ возможно поставить, такъ сказать, вѣхи законодательной мысли по пути, примиряющемъ въ достижимыхъ предѣлахъ жизненные интересы государства. Далѣе правовому государству присуще раздѣленіе гражданской и военной власти; передача въ руки послѣдней функцій первой—не говоря уже о судебныхъ—можетъ быть только исключительнымъ состояніемъ, которое должно быть и оправдано исключительными мотивами [2]). Если на окраинахъ государства, въ его колоніяхъ и т. п. устанавливается постоянное военное управленіе, это только показываетъ, что эти окраины и колоніи не сдѣлались органической частью государственной территоріи, а ихъ жители—полноправными членами государственнаго союза, — режимъ, являющійся исключеніемъ изъ правового правила, какъ

---

[1]) Тонкія, хотя слишкомъ общія замѣчанія о смыслѣ военной дисциплины у Lorenz Stein, Die Lehre vom Heerwesen, S. 148, 160.

[2]) Hauriou, Principes de droit public, p. 382: авторъ приводитъ въ примѣръ имперію Наполеона, которая имѣла военное происхожденіе и такъ тѣсно была связана съ военной судьбой Франціи, но которая въ то же время показала силу гражданской власти въ государственной организаціи: «sans doute les libertés constitutionnelles sont confisquées, mais si le régime est despotique, du moins est il d'un despotisme civil et non plus militaire. L'administration civile reste separée et dominante».

и автономія, но въ противоположномъ смыслѣ[1]). И, наконецъ уже безусловно обязателенъ для арміи, съ точки зрѣнія правового государства, обѣтъ политическаго молчанія: она по красивому и въ то же время точному французскому выраженію есть «la grande muette», ибо она защищаетъ тѣ цѣнности—безопасность и независимость отечества,—которыя выше всякихъ програмныхъ различій между политическими партіями; въ этомъ заключается ея подлинное національное достоинство. Поэтому же съ правовой точки зрѣнія такъ непріемлемо возложеніе на армію полицейскихъ функцій. Государственная безопасность требуетъ бережной охраны этого національнаго достоинства арміи со стороны правительственной власти и живого его сознанія со стороны общества.

Здѣсь открывается задача не только приспособить строй и учрежденія, но и обезпечить извѣстное психологическое равновѣсіе. Нѣтъ правового государства безъ сознанія у гражданъ цѣнности права, безъ любви къ праву, борьбы за право. Но нѣтъ и государства, обезпеченнаго въ своемъ существованіи, тамъ, гдѣ не существуетъ готовности въ извѣстныя минуты жертвовать этой любовью, этой даже привычкой къ уже достигнутому правовому укладу во имя обязанностей передъ родиной, во имя отвѣтственности за ея независимость, безопасность, во имя служенія достойному ея историческому развитію. Въ этомъ смыслѣ гипертрофія правового инстинкта, извѣстная, такъ сказать, политическая изнѣженность можетъ оказаться въ борьбѣ за жизнь, (а отъ этой борьбы въ самой острой формѣ не застраховано ни одно государство),—опаснымъ качествомъ, если оно не уравновѣшивается достаточнымъ запасомъ элементарнаго непосредственнаго патріотизма. Съ другой стороны, государство нуждается не только въ готовности гражданъ принести себя въ жертву, ему необходима ихъ способность пережить эту жертву, какъ подъемъ національнаго одушевленія, ему должна быть

---

[1]) Этотъ контрастъ съ общимъ правомъ проявляется, напримѣръ, въ томъ «régime de decret», который дѣйствуетъ во французскихъ колоніяхъ, правда, не всѣхъ; Алжиръ сдѣлался полноправной частью французской территоріи. Темныя стороныя этого «régime de decret» указаны еще у Paul Leroy-Beaulieu, De la colonisation chez les peuples modernes, p. 830.

присуща сила вызвать это одушевленіе [1]). Получается странный парадоксъ: способность гражданъ жертвовать правовыми благами сама связана съ высокимъ правовымъ уровнемъ государственной организаціи. Болѣзненная и опасная—съ виду—дисгармонія превращается въ ту высшую гармонію, искать которой всюду велитъ заповѣдь жизни.

Ни въ чемъ такъ наглядно не проявляется растущая правовая связанность государства, какъ въ международныхъ договорахъ. Правило «pacta sunt servanda» повторяется съ давнихъ поръ, но степень добросовѣстности въ его соблюденіи мѣняется весьма существенно. Главное же—необыкновенно расширяется кругъ тѣхъ экономическихъ и культурныхъ интересовъ, которые въ настоящее время подлежатъ международной регламентаціи. Обнаруживается, что самыя жгучія соціальныя проблемы, которыя стоятъ передъ современнымъ государствомъ—проблемы охраны трудящихся массъ—были бы чрезвычайно упрощены, если бы рядомъ съ законодательствомъ отдѣльныхъ странъ осуществились здѣсь взаимныя международныя соглашенія: тогда широкія соціальныя реформы не ставили бы данное государство въ неблагопріятное положеніе на міровомъ рынкѣ и не вызывали бы потребности въ напряженномъ протекціонизмѣ. Но это еще «музыка будущаго». Для настоящаго времени можно сослаться на торговые договоры, которые дѣлаются экономически необходимыми, хотя существенно ограничиваютъ свободу

---

[1]) Мы имѣемъ несравненное изображеніе всей гаммы переживаній военнаго долга на извѣстныхъ страницахъ Войны и мира, зародышъ которыхъ можно найти еще въ Севастопольскихъ разсказахъ. Можно съ ними сопоставить, конечно, далеко имъ не равныя страницы въ Servitude et grandeur militaire Альфреда де Виньи; при этомъ сопоставленіи чрезвычайно характерно сказываются и національно-психологическія различія. Какъ далеко это отъ восхваленій войны, столь обычныхъ въ нѣмецкой литературѣ и несомнѣнно отразившихся на современныхъ событіяхъ.— Довольно типичнымъ образцомъ этихъ произведеній, глубоко вульгарныхъ, несмотря на научную внѣшность, можетъ служить очень распространенная въ Германіи книга Клауса Вагнера, оканчивающаяся словами: «Heil dem Kriege, Heil dem Krieger!» Гораздо болѣе серьезно, хотя едва ли болѣе убѣдительно—Steinmetz, Die Philosophie des Krieges.

отдѣльнаго государства въ его таможенной политикѣ [1]). Насколько могутъ отражаться эти международныя обязательства на внутреннемъ законодательствѣ, какъ они его связываютъ— интереснѣйшимъ примѣромъ можетъ служить брюссельская сахарная конвенція 1902 г. [2]). Борьба со многими физическими бѣдствіями (какъ чума, холера) и моральными недугами современныхъ обществъ (торговля женщинами) оказывается не всегда подъ силу отдѣльнымъ государствамъ: они вступаютъ въ международныя соглашенія, принимаютъ на себя взаимныя обязательства. Становится явственной практической потребностью созданіе международнаго торговаго и вексельнаго права. Всюду здѣсь можно констатировать ростъ международнаго права вширь и вглубь [3]).

Этимъ оптимистическимъ даннымъ, однако, скептики и отрицатели въ состояніи противопоставить другія, противоположныя. Несмотря на неоднократныя торжественныя провозглашенія конгрессами и конференціями «pacta sunt servanda», политическіе договоры весьма легко нарушаются государствами, какъ только послѣднія бываютъ достаточно заинтересованы въ томъ, чтобы ихъ не соблюдать. Въ XVIII вѣкѣ Фридрихъ Великій откровенно заявлялъ, что государи и правители не могутъ

---

[1]) «Все болѣе приходимъ мы къ убѣжденію»,—говорилъ еще въ 1883 г. въ германскомъ рейхстагѣ депутатъ Генель,—«что расцвѣтъ промышленности и торговли возможенъ прежде всего тогда, когда возможенъ опредѣленный, точный и постоянный расчетъ въ нашихъ торговыхъ отношеніяхъ, который, конечно, вполнѣ вознаграждаетъ насъ за связанность нашего тарифа». Ср. Preuss, Das Völkerrecht im Dienste des Wirtschaftslebens, S. 43. Harms, Volkswirtschaft und Weltwirtschaft (въ собраніи Probleme der Weltwirtschaft, B. IV), S. 294.

[2]) Kaufmann, Welt-Zucker-Industrie und internationales und koloniales Recht.

[3]) Весьма оптимистическая характеристика этого роста международнаго правового общенія у Schücking, Die Organisation der Welt изъ Festgabe für P. Laband, B. I, S. 535—614, особенно V Kap. Das Zeitalter der wieder angeknüpften internationalen Organisation. Авторъ предвидитъ не только созданіе международнаго союза государствъ, но и «развитіе, идущее отъ союза государствъ къ союзному государству»—«eine Entwickelung vom Staatenbund zum Bundesstaate»—S. 611. Ср. осторожные, почти скептическіе выводы у Descampe, Les offices internationaux et leur avenir (1894) p. 52.

смотрѣть на даваемыя ими въ международномъ оборотѣ обѣщанія такъ, какъ смотрятъ на данное слово частныя лица: соблюденіе обѣщанія можетъ оказаться въ противорѣчіи съ самыми насущными государственными и народными интересами, и точка зрѣнія личной нравственности не можетъ въ этомъ случаѣ быть рѣшающей [1]). Прусскаго короля обвинили въ цинизмѣ, но онъ только откровенно высказалъ то, что другіе дѣлали молча. Лондонская конференція 1871 г. подтвердила принципъ незыблемости трактатовъ, и она это сдѣлала только что узаконивъ нарушеніе парижскаго трактата 1856 г. со стороны Россіи, которая заявила объ отказѣ признавать далѣе нейтрализацію Чернаго моря, объ отказѣ отъ обязательства не держать на немъ военнаго флота. Столь же мало остановилась передъ нарушеніемъ берлинскаго трактата и Болгарія, когда она соединилась съ Восточной Румеліей, а въ 1908 г. провозгласила независимость отъ Турціи, и Австро-Венгрія, когда аннектировала Боснію-Герцеговину. Исторія балканскаго кризиса 1912—1913 г. есть исторія сплошныхъ нарушеній со стороны балканскихъ государствъ еще недавно принятыхъ международныхъ обязательствъ. Не будемъ впрочемъ думать, что эти нарушенія были особенностью Ближняго Востока. Развѣ Пруссія соблюла условія кондомината съ Австріей надъ Шлезвигомъ-Голштиніей? Развѣ Италія, вопреки обѣщаніямъ, не ввела войскъ въ Римъ, когда военное счастье такъ измѣнило Франціи? И, наконецъ, все это блѣднѣетъ передъ вторженіемъ Германіи въ нейтральную Бельгію. Выражаясь словами германскаго канцлера, бумажка, на которой былъ нацарапанъ бельгійскій нейтралитетъ, не оказалась ни малѣйшимъ препятствіемъ для германскаго правительства— такое препятствіе оно встрѣтило лишь въ неожиданномъ для нея сопротивленіи бельгійцевъ и во вмѣшательствѣ Англіи. А сколько болѣе мелкихъ примѣровъ? Неудивительно, если довѣріе къ международнымъ гарантіямъ въ чисто политической области чувствительно поколеблено. Нѣкогда принцъ Евгеній

---

[1]) Histoire de mon temps, Avant-propos—въ Oeuvres, v. II, p. XXVII. Это мѣсто, которое Лоранъ такъ инкриминируетъ прусскому королю (Histoire du droit des gens, v. XI, p. 443), лишь воспроизводитъ мысль Спинозы въ Tractatus theologo-politicus, II, 14; ср. Tractatus politicus, II, 12.

предостерегалъ Карла VI отъ излишняго довѣрія къ обѣщаніямъ державъ признавать прагматическую санкцію и права Маріи-Терезіи; единственное, по его словамъ, обезпеченіе этихъ правъ—армія въ 100.000 человѣкъ. Почти два вѣка отдѣляютъ насъ отъ этой эпохи, но мало измѣнилась здѣсь мораль, примѣняемая во внѣшней политикѣ.

Правда, само современное международное право не смотритъ на эти вопросы такъ прямолинейно. Оно признаетъ, что договоры заключаются съ клаузулой rebus sic stantibus [1]) и имѣютъ силу лишь при неизмѣнныхъ обстоятельствахъ. Конечно, можетъ быть предметомъ спора, что понимать подъ неизмѣнными или измѣнившимися обстоятельствами. Бруно Шмидтъ [2]) доказываетъ, что измѣненіе здѣсь понимается лишь такое, при коемъ соблюденіе договора вело бы къ нарушенію основныхъ государственныхъ интересовъ. Не трудно видѣть, какой просторъ здѣсь дается субъективнымъ толкованіямъ,—вѣдь не имѣется трибунала, который бы опредѣлялъ, что надо понимать подъ этими основными интересами. Шмидтъ, впрочемъ не признаетъ, чтобы клаузула была институтомъ положительнаго права, а de lege ferenda должно ее признать весьма опасной; [3]) но и онъ допускаетъ въ ней зерно истины—она въ международномъ правѣ соотвѣтствуетъ тому, что въ государственномъ правѣ называется состояніемъ необходимости (Notstand) [4]). Гораздо болѣе склоненъ признать клаузулу Кауфманъ—безъ сомнѣнія, одинъ изъ самыхъ выдающихся представителей современной науки международнаго права [5]). Институтъ rebus sic stantibus входитъ въ положительное право, это можетъ быть

---

[1]) Вопросъ о rebus sic stantibus представляетъ чрезвычайный теоретическій интересъ, и тѣмъ болѣе можно сожалѣть, что литература международнаго права разбираетъ его нѣсколько оторванно и избѣгаетъ восходить къ его основнымъ предпосылкамъ.

[2]) Ueber die völkerrechtliche Clausula rebus sic stantibus въ Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen von Jellineck und Anschütz, B. VI, H. 1.

[3]) Bruno Schmidt, S. 68, «Die eminente Gefährlichkeit der specifisch-juristisch verstandenen Klausel».

[4]) S. 98.

[5]) Kaufmann, Das Wesen des Völkerrechtes und die Clausula rebus sic stantibus. Возраженіе Б. Шмидту, S. 45 usw.

доказано фактически [1]); но онъ совершенно отвѣчаетъ и логическимъ основамъ международнаго права, которое представляетъ изъ себя систему правовой координаціи (Koordinationsrechtssystem) и всегда исходитъ изъ основного права государства на самосохраненіе (Selbsterhaltungsrecht... ein Angelpunct alles Völkerrechtes) [2]).

Мы полагаемъ, что весьма трудно здѣсь возражать Кауфману. Клаузула rebus sic stantibus вовсе не есть какое-нибудь искусственное ухищреніе: она вытекаетъ изъ элементарной потребности государственнаго самосохраненія. Спору нѣтъ, ею можно злоупотреблять, желая просто избавиться отъ принятыхъ обязательствъ; но не менѣе безспорно и то, что долгъ соблюденія этихъ обязательствъ имѣетъ для государства свои предѣлы. И развѣ мнѣнія Фридриха, въ основѣ, не отвѣчаютъ здравому смыслу? Онъ смотрѣлъ на государственныя отношенія съ нѣсколько патримоніальной точки зрѣнія, которая вообще такъ прочно сохранялась во внѣшней политикѣ XVIII вѣка; для него международныя обязательства были обязательства монарха, который могъ переживать конфликтъ между чувствами просто честнаго человѣка и отвѣтственнаго неограниченнаго руководителя народными судьбами. Въ современномъ государствѣ и международныя обязательства пріурочиваются къ самому государству, и монархъ является здѣсь лишь высшимъ органомъ: предполагается, что государственная идея всецѣло господствуетъ надъ его личными чувствами. Но указанное различіе точки зрѣнія личной и государственной этики сохраняется. Несомнѣнно, прочность международныхъ обязательствъ и довѣрія къ нимъ есть великое благо, и всякое цивилизованное государство заинтересовано въ его охранѣ. Но несомнѣнно также, оно еще болѣе должно быть заинтересовано въ собственномъ самосохраненіи и въ необходимыхъ условіяхъ своего историческаго развитія. Лоранъ съ большимъ негодованіемъ передаетъ мнѣ-

---

[1]) S. 40. Кауфманъ ссылается здѣсь между прочимъ на то, что клаузула признана была и въ актахъ первой гаагской конференціи, въ томъ числѣ и въ русской нотѣ. Наиболѣе сильное доказательство, по его взгляду, наличности этого института въ международномъ правѣ дано аннексіей Босніи и Герцеговины, S. 31—37.

[2]) S. 204.

нія Фридриха: онъ хотѣлъ бы соблюденія международныхъ обязательствъ при всякихъ условіяхъ. Такія пожеланія просто безполезны: они не могутъ создать вѣры въ абсолютныя велѣнія международнаго права, обязательныя до самоуничтоженія включительно.

Возвратимся къ конкретнымъ примѣрамъ. Неужели Россія съ явной опасностью не только для своихъ жизненныхъ интересовъ на Ближнемъ Востокѣ, но и для огромнаго своего черноморскаго побережья, съ явнымъ вредомъ для всего экономическаго благосостоянія своего юга, должна была подчиниться этимъ унизительнымъ условіямъ парижскаго трактата, когда вся общеевропейская конъюнктура въ корнѣ измѣнилась и когда усовершенствованія въ военно-морской техникѣ съ каждымъ годомъ усугубляли опасность и тяжесть этихъ ограниченій? [1]) Неужели итальянское правительство не должно было пойти навстрѣчу единодушному стремленію народа и закончить въ Римѣ объединеніе Италіи, въ угоду обязательствамъ, исторгнутымъ силой? Неужели Болгарія изъ уваженія къ берлинскому трактату, который расчленилъ ее ради интересовъ турецкаго владычества, не должна была стремиться къ соединенію съ румелійскими собратіями и полной независимости? Всякій серьезный политическій договоръ, связывающій современныя государства, получаетъ свой смыслъ лишь на фонѣ общаго международнаго положенія, которое подвержено всевозможнымъ перемѣнамъ. Намъ странно читать проектъ вѣчнаго мира Сенъ-Пьера, гдѣ предполагалось закрѣпить навсегда международное status quo. Категорическій императивъ международнаго права

---

[1]) Разборъ этого отказа Россіи отъ соблюденія нейтрализаціи Чернаго моря у Cavaglieri, La funzione della clausula rebus sic stantibus nel trattati internazionali—Archivio giuridico, v. 71 (nuova serie, v. 12), p. 134 Общее заключеніе автора относительно клаузулы весьма неопредѣленно: «l'applicazione ragionevole della clausula in seguito ad esame contradittorio compiuto lealmente e serenamente di parte di tutti gli Stati che firmarano il trattato, offre il modo di conciliare le due opposte tendenze e di assegnare un limito ragionevole alla durata delle convenzioni internazionali» (p. 40)—какъ и признаніе, что «la via di mezzo è anche in questo caso la migliore» (p. 123). Ср. о вышеприведенномъ отказѣ Россіи у Kaufmann, Das Wesen des Völkerrechtes und die Clausula rebus sic stantibus, S. 12.

совершенно блекнетъ передъ категорическимъ императивомъ исторіи—жить съ полнымъ развитіемъ своихъ матеріальныхъ и духовныхъ силъ. Впрочемъ, не допускаетъ ли международное право нѣчто несравненно большее, чѣмъ rebus sic stantibus въ смыслѣ торжества необходимости—войну?

Нельзя, конечно, идеализировать эту самую необходимость, во имя которой могутъ оправдываться всякіе насильственные захваты, авантюры, возмутительныя жестокости [1]) и т. п. Никакія ссылки на клаузулу rebus sic stantibus не могутъ оправдать разгрома Бельгіи. Но нельзя закрывать глаза и на эти предѣлы выполнимости международныхъ обязательствъ. Не слѣдуетъ этого дѣлать хотя бы для того, чтобы разсѣять нѣкоторые предразсудки преувеличеннаго скептицизма, которые распространены относительно прочности международнаго права. Можно ихъ сравнить съ обычнымъ отношеніемъ къ пасифизму. Принято, напримѣръ, говорить, что первая и вторая гаагскія конференціи потерпѣли неудачу въ важнѣйшихъ вопросахъ, которыми они занимались,—въ вопросахъ объ ограниченіи вооруженій и обязательной передачѣ споровъ на третейскій судъ. При этомъ совсѣмъ забываются тѣ существенные и реальные результаты, которые ими достигнуты въ области предупрежденія войны [2]). Забывается рядъ договоровъ между отдѣльными государствами, гдѣ оговаривается разрѣшеніе споровъ посредническимъ судомъ. Нужды нѣтъ, что не всѣ споры могутъ быть такъ разрѣшены, что тамъ, гдѣ поставленъ вопросъ о государственномъ самосохраненіи, государства оставляютъ за собой свободу дѣйствій. Такіе споры происходятъ не ежедневно, и ужасная война, которую мы пережиаемъ, вызванная германскимъ милитаризмомъ, является совершенно единственнымъ въ своемъ родѣ событіемъ, хотя его и можно было предвидѣть. Но вели-

---

[1]) О послѣдствіяхъ этого культа государственной необходимости, столь распространеннаго въ нѣмецкой литературѣ см. I. А. Покровскій, Сила или право? Юридическій Вѣстникъ 1914, VII—VIII, стр. 5.

[2]) Higgins, The binding force of international law., p. 23; Butler, The international mind p. 22 ,84; Passy, Pour la paix, p. 163; Huber. Die Fortbildung des Völkerrechtes durch die II Friedensconferenz in Haag, Jahrbuch des oeffentichen Rechtes, B. II, S. 473.

кое множество болѣе или менѣе серьезныхъ конфликтовъ, которые въ прежнее время, по всей вѣроятности, привели бы къ войнѣ (вспомнимъ хотя бы гулльскій инцидентъ во время русско-японской войны) разрѣшаются теперь мирно: возрастаютъ не только мотивы въ пользу сохраненія мира, но и средства его охраны. Утопическій пасифизмъ безплоденъ, способенъ только приводить къ демонстраціямъ собственнаго безсилія и можетъ скорѣе компрометировать довѣріе ко всякимъ идеямъ мира, что, къ сожалѣнію, далеко не всегда имѣютъ въ виду современныя пасифистскія организаціи при всѣхъ своихъ прекрасныхъ намѣреніяхъ [1]. Но отсюда отнюдь не слѣдуетъ, чтобы пасифизмъ вообще не имѣлъ благодарнаго поля дѣятельности и не могъ представить наглядныхъ результатовъ [2].

То же самое можно сказать и относительно международнаго права. Теоретики его часто грѣшили тѣмъ, что они проводили недостаточно отчетливую границу между областями de lege lata и de lege ferenda,—весьма типична въ этомъ отношеніи, напримѣръ, попытка его кодификаціи у Фьоре [3]. Они рисовали идиллическія картины нерушимой силы права въ общеніи народовъ. Въ настоящее время защитники международнаго права, несмотря на отдѣльныя испытанія, какъ бы они не были тяжелы, имѣютъ болѣе твердую почву подъ ногами; имъ вовсе не нужны ни эти образы международной Аркадіи, ни наивная вѣра въ абсолютную незыблемость международныхъ обязательствъ. Жа-

---

[1]) Вѣроятно, это объясняется нѣкоторой оторванностью отъ жизни, отвлеченностью, свойственной многимъ подобнымъ организаціямъ, ихъ склонностью къ безплодной риторикѣ. Основная задача современнаго пасифизма—воплотить подлинное моральное одушевленіе, совершенно свободное отъ какого-либо тенденціознаго политиканства, въ возможно болѣе реальныя и конкретныя формы. Эта задача имѣетъ будущее, какъ бы оно ни казалось смутнымъ, когда вѣковой горизонтъ заслоняется европейской войной.

[2]) Чрезвычайно характерна въ этомъ смыслѣ оговорка англо-японскаго союзнаго договора 1911 г., въ силу коей ни одна изъ договаривающихся державъ не обязана помогать своей союзницѣ вести войну съ третьей державой, если съ ней заключенъ договоръ объ арбитражѣ.

[3]) Fiore, Diritto internazionale codificato.—Наименѣе поддаются этой склонности англо-американскіе писатели—послѣдователи здоровыхъ традицій Бингерсгука. Ср. Laurence, Essays on some disputed questions in modern international law; Essay I, «Is there a true international law»?

лѣть объ этомъ не приходится ни съ какой стороны: эти мечтанія, проникнутыя отчасти сентиментальностью, отчасти доктринерствомъ, въ сущности такъ далеки отъ благородной вѣры въ правовой и моральный прогрессъ человѣчества.

Здѣсь приводились нѣкоторые примѣры столкновенія принциповъ правового государства и требованій государственной необходимости. Если мы его отождествимъ со столкновеніемъ факта и права, оно слишкомъ упрощается. И въ данной области для современнаго государствовѣда невозможно оставаться на почвѣ абсолютнаго дуализма между фактическимъ и нормативнымъ. Правообразующая сила фактовъ остается, и необходимость сама рождаетъ новое право. Возьмемъ послѣдній разобранный примѣръ—клаузулу «rebus sic stantibus»; ее можно истолковать и въ видѣ конфликта двухъ правовыхъ оцѣнокъ. Революціи и государственные перевороты разрываютъ правовое преемство, но этотъ разрывъ постепенно заростаетъ живой тканью новаго права. Самый конфликтъ и разрывъ, однако, здѣсь налицо, какъ и потрясеніе правосознанія. Кромѣ того, не всѣ фактическія состоянія способны, даже при условіи давности, получить правовое признаніе. И, наконецъ, это новое право можетъ сопровождаться безусловнымъ ухудшеніемъ правового status'а членовъ государственнаго цѣлаго и ихъ союзовъ: тамъ, гдѣ мысль поглощена дѣйствительной или мнимой государственной необходимостью, она всегда склонна болѣе или менѣе легко ими жертвовать.

Правда, и здѣсь проявляется не только ограниченность указанныхъ принциповъ, но и растущее ихъ вліяніе: мы видимъ, какъ увеличиваются гарантіи противъ злоупотребленій указанной необходимостью [1]), но устраненіе ея изъ жизни государства явно невозможно. И не только въ тѣхъ сторонахъ ея, которыя здѣсь разсматривались, происходятъ подобные конфликты: они могутъ имѣть мѣсто всюду, гдѣ сталкивается соціальная

---

[1]) Milton, Paradise lost, IV, 393:

So spake the fiend, and with necessity,
The tyrant's plea, excus'd his devilish deeds.

Въ рѣчи сатаны—явные намеки на Кромвеля.

природа и правовая оболочка государства. Лишь крайне злоупотребляя формально-юридическимъ методомъ—производя настоящее методологическое détournement de pouvoir,—можно отождествлять государство съ правовыми нормами его устройства, отрицать возможность для него внѣ-правовыхъ проявленій. Характернымъ примѣромъ здѣсь служитъ Кельсенъ. Онъ въ корнѣ несогласенъ съ Отто Майеромъ, по мнѣнію котораго государство въ извѣстныхъ случаяхъ легче могло бы преслѣдовать свои интересы, если бы оно не было связано своими правовыми нормами: «новое, т. е. конституціонное государство вообще не можетъ правовымъ образомъ обезпечить своихъ интересовъ безъ правовыхъ нормъ» [1]. Поскольку рѣчь идетъ объ общемъ правилѣ, это безспорно,—этого не отрицаетъ и Отто Майеръ: конституціонное государство признаетъ верховенство правовыхъ нормъ и обставляетъ созданіе ихъ особыми гарантіями: въ этомъ—его essentiale. Вѣрно и то, что внѣ этихъ нормъ оно не можетъ дѣйствовать *правовымъ* образомъ, но отсюда еще не слѣдуетъ, чтобы оно не могло дѣйствовать вообще: нельзя отождествлять дѣеспособность юридическую и соціально-политическую. Послѣдняя, какъ мы говорили, далеко не всегда можетъ быть передана терминами и средствами юридическаго метода, который здѣсь встрѣчается съ недоступными ему проблемами; но странно было бы поддаваться какому-то юридическому фетишизму и отрицать самое ихъ существованіе.

Скажемъ болѣе. Пусть право не можетъ до конца овладѣвать соціальной дѣйствительностью, преодолѣвать до конца тѣ стихійныя стремленія, которыя несетъ въ себѣ современный человѣкъ, какъ наслѣдіе незапамятной древности, можетъ быть, древности космической. Пусть—передъ нами, какъ говоритъ поэтъ, «коверъ, накинутый надъ бездной». Развѣ не обнаруживается это вѣками человѣческой исторіи воспитанное уваженіе къ праву всего болѣе тамъ, гдѣ правовой путь не есть ни самый короткій, ни самый легкій. Этотъ вѣковой опытъ научаетъ народы не поддаваться соблазну благодѣтельнаго деспо-

---

[1] Hauptprobleme der Staatswissenschaftslehre S. 392: «denn der moderne d. i. konstituzionelle Staat kann rechtlich ohne Rechtsnormen seine Interessen überhaupt nicht wahren».

тизма и не жертвовать безъ крайней необходимости правовыми гарантіями. Самый соблазнъ остается неистребимъ. Онъ сказывается въ проектахъ разрѣшенія всякихъ соціальныхъ вопросовъ, гдѣ сталкиваются интересы классовъ, захватнымъ правомъ. Онъ сказывается въ мечтаніяхъ и о всемогущемъ устроителѣ народной жизни, и о диктатурѣ пролетаріата и т. п.

Но рядомъ съ такими соблазнами можетъ дѣйствовать подлинная объективная неизбѣжность, способная приводить къ разрывамъ въ правовомъ преемствѣ. Возьмемъ, какъ примѣръ, современныя отношенія Россіи и Финляндіи, регулированныя закономъ 17 іюня 1910 г. Проектъ этого закона былъ переданъ финляндскому сейму лишь для заключенія—за нимъ былъ признанъ только совѣщательный голосъ. Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что такой способъ противорѣчилъ 75 и 80 ст. сеймоваго устава; измѣненіе основныхъ законовъ великаго княжества, въ томъ числѣ и самаго сеймоваго устава, предполагаетъ «согласное рѣшеніе Государя Императора и Великаго Князя и Сейма»; слѣдовательно, здѣсь была юридическая неправомѣрность. Но, кромѣ юридической, вопросъ имѣетъ и политическую сторону. Когда Александръ I обѣщалъ Финляндіи конституціонную автономію, онъ руководился, конечно, не только идеологическими мотивами; предвидя уже неизбѣжность борьбы съ Наполеономъ, онъ желалъ расположить населеніе края, столь близкое къ столицѣ, и этимъ ее обезопасить. Съ того времени прошло больше столѣтія. Совершенно измѣнились внѣшнеполитическія конъюнктуры, измѣнились и стратегическія условія: достаточно указать, какое значеніе получило Балтійское море и Финскій заливъ при столь давно ожидаемой войнѣ Россіи и Германіи: очевидно, соотвѣтственно измѣнилось и значеніе Финляндіи въ общемъ планѣ защиты имперіи. Поэтому военное и военно-морское объединеніе въ широкомъ смыслѣ (сюда относится, напримѣръ, и стратегическое объединеніе желѣзныхъ дорогъ) могло оказываться гораздо болѣе необходимымъ въ настоящее время, чѣмъ при Александрѣ I и даже въ 60-хъ годахъ, когда въ Финляндіи фактически начала осуществляться правильная конституціонная жизнь. Въ предѣлахъ такой дѣйствительно удостовѣренной военной необходимости, если бы доказана была неосуществимость легальнаго пути, вслѣдствіе упор-

наго несогласія сейма, русская государственная власть имѣла бы не только право, но прямую обязанность не остановиться и передъ нарушеніемъ финляндской конституціонной автономіи, разъ насущныя требованія государственной обороны не могли быть выполнены иначе. Но законъ 1910 г. распространяетъ порядокъ общеимперскаго законодательства на такія области, какъ школьное дѣло, печать, собранія, союзы и т. п., которыя чрезвычайно далеки отъ этихъ насущныхъ требованій внѣшней безопасности, не способны вступать съ ними въ конфликтъ и, безспорно, всецѣло относятся къ внутреннему правовому строю Финляндіи [1])

Въ такихъ вопросахъ, какъ русско-финляндскій, юридическая сторона никогда не бываетъ исчерпывающей [2]), и съ правовой точки зрѣнія важно лишь, чтобы за политическую необходимость признавалась дѣйствительная, объективно удостовѣренная необходимость. Конечно, здѣсь нѣтъ безошибочнаго критерія, извѣстная произвольность и разногласія неизбѣжны. Но все-таки чрезвычайно многое зависитъ отъ того, насколько и власть и общество проникнуты сознаніемъ великихъ опасно-

---

[1]) Несомнѣнно, 2 ст. О. З. не заполняла пробѣла, остававшагося въ русско-финдлянскихъ отношеніяхъ и еще болѣе чувствительнаго въ силу того, что компетенція сейма значительно у́же компетенціи русскихъ законодательныхъ учрежденій. Признаніе необходимости здѣсь общеимперскаго законодательства въ извѣстныхъ предѣлахъ вовсе не обозначаетъ невозмножности установить этотъ порядокъ безъ нарушенія конституціонной автономіи Финляндіи, которая, какъ вѣрно указываетъ бар. Б.Э. Нольде, есть часть русскаго правового порядка. Очерки русскаго государственнаго права, с. 553.

[2]) Недостаточное вниманіе къ моменту государственной необходимости, иногда и полное ея отверженіе a limine, существенно ослабляетъ финляндскую критику закона 17 іюня 1910 г. Никакъ нельзя вмѣстѣ съ Мехелиномъ безъ оговорокъ утверждать, что «главнѣйшій изо всѣхъ государственныхъ интересовъ, важнѣйшая изо всѣхъ государственныхъ задачъ—поддержаніе святости закона». Критическій разборъ закона 17 іюня 1910 г., с. 203. Неправильными кажутся намъ и утвержденія Германсона, Къ вопросу о положеніи Финляндіи, с. 115: здѣсь отвергается всякое обращеніе къ государственной необходимости подъ тѣмъ предлогомъ, что ею можно злоупотреблять и это «приводитъ къ разложенію общества». Ср. оговорки у Н. И. Лазаревскаго, Русское государственное право, т. I (3-е изд.), с. 260.

стей, которыя приносятъ злоупотребленія ссылками на эту необходимость. Поэтому важно, чтобы послѣдняя была удостовѣрена совершенно конкретнымъ образомъ и имѣла бы конкретныя очертанія, а не растворялась бы въ неотчетливыхъ понятіяхъ и тѣхъ состояніяхъ панической тревоги, жертвой которой бываютъ самыя культурныя общества [1]). Главное же, нужно ясное сознаніе, насколько всякій разрывъ правового преемства есть ущербъ въ балансѣ государственной жизни; отъ него страдаетъ нарушитель права не въ меньшей мѣрѣ, чѣмъ тотъ, чье право нарушается. И нѣтъ ничего болѣе пагубнаго, чѣмъ слагающаяся отсюда привычка, легкое отношеніе къ правонарушеніямъ, которыя не останавливаются и передъ основами государственнаго устройства. Получается господство чистаго авантюризма, подъ которымъ, напримѣръ, живутъ южно-американскія государства и который особенно легко укореняется при безучастномъ равнодушіи населенія—болѣзни, свойственной абсолютизму даже просвѣщенному.

Подведемъ итоги. Имѣется глубокая связь между измѣненіемъ психологическихъ основъ власти и правовыхъ формъ, въ которыя она облекается. Въ сознаніи членовъ государственнаго союза образуется прочная ассоціація: правовой характеръ власти обезпечиваетъ ея общеполезное примѣненіе; признаніе въ ней соціальной функціи устраняетъ элементъ личнаго, безотвѣтственнаго деспотизма. Но правовое самоограниченіе государства имѣетъ свои предѣлы. Юридическій фанатизмъ: pereat mundus fiat iustitia—не лучше всякаго другого фанатизма. Никакое государство не можетъ исключить наступленія такихъ обстоятельствъ, въ которыхъ правовая послѣдовательность разрывается. Никакое государство—какова бы ни была его политическая форма или соціальный составъ—не отдастъ себя на гибель лишь для того, чтобы проявить свою преданность правовымъ началамъ [2]). Всякія въ этомъ смыслѣ преувеличен-

---

[1]) Такія паники играли не послѣднюю роль въ періодическихъ обостреніяхъ международнаго милитаризма. Самымъ могущественнымъ проводникомъ этихъ настроеній является пресса.

[2]) Формула Дана, Die Vernunft im Recht, S. 217: «oft genug ist dann zwar die Rechtsordnung Unvernunft, aber ein Bruch ist und bewirkt noch schlimmere Unvernunft»—вѣрна лишь съ этой оговоркой: oft genug! У автора

ныя требованія и ожиданія могутъ лишь компрометировать эти начала: никто этого не понималъ лучше Іеринга, который такъ высоко цѣнилъ и право и борьбу за право [1]). Но и при отказѣ отъ подобнаго юридическаго утопизма остается еще достаточно широкій просторъ для правового развитія государства,— для его поступательнаго, въ этомъ смыслѣ, движенія, которое засвидѣтельствовано всѣмъ историческимъ опытомъ.

есть извѣстное оптимистическое пониманіе гармоніи индивидуума и цѣлаго, при которой конфликты права и необходимости весьма ослабляются. Подобный же оптимистическій взглядъ и у Лассона въ System der Rechtsphilosophie; здѣсь сказывается гегельянская традиція.

[1]) Можно напомнить анализъ понятія Notstand на страницахъ Der Zweck im Rechte. B. I, S. 250. Ср. Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht S. 17.

Глава VI.

СВЕРХПРАВОВЫЯ ОСНОВЫ.

Отъ силы къ праву—такова формула, которая для многихъ сторонниковъ теоріи и практики правового государства передаетъ общій смыслъ измѣненій, пережитыхъ поколѣніями людей въ государственной организаціи. Формулу эту ни въ какомъ отношеніи нельзя признать удачной. Сила остается такимъ же признакомъ государства въ настоящее время, какъ и въ незапамятныя эпохи, въ которыхъ надо искать его происхожденія. Даже, напротивъ, эта организація увеличила находящійся въ ея распоряженіи капиталъ силы—уже благодаря одному техническому прогрессу, въ которомъ паръ и электричество смѣняютъ исключительное примѣненіе силы мускульной. И въ предѣлахъ, доступныхъ для нашего предвидѣнія, ничто не обѣщаетъ грядущаго «разоруженія» государства. Съ другой стороны, и право, повидимому, уходитъ въ еще гораздо болѣе темные вѣка человѣческой исторіи, чѣмъ само государство. Единственное, о чемъ здѣсь можно говорить, это объ ихъ взаимномъ сближеніи, ихъ устанавливающейся относительной гармоніи, одною стороною которой являются и столь разнообразныя на протяженіи вѣковъ разрѣшенія проблемы правового государства.

Такія возраженія вызываетъ эта формула, если брать ее въ порядкѣ фактическаго существованія государства. Но не оправдана ли будетъ она, если мы, слѣдуя здѣсь аристотелевскому различенію, возьмемъ ее въ порядкѣ достойнаго его существованія? Не представляетъ ли это проникновеніе правовыми началами государства, первоначально являющагося намъ, по преимуществу, какъ организація силы, какъ взаимоотношеніе власти и подчиненія, его возвышеніемъ и прогрессомъ? Мы просто инстинктивно чувствуемъ, что здѣсь дѣйствительно пріобрѣтено нѣчто важное въ области человѣческой культуры, достигнуто улучшеніе человѣческой жизни. Очевидно, однако,

оцѣнить это улучшеніе невозможно, не поднимаясь на какую-то гораздо болѣе высокую точку, съ которой можетъ быть охвачено все богатство этой культуры. И охвачено не только въ смыслѣ картины ея вѣкового созиданія; здѣсь еще не открывается ея цѣнность. Правовой прогрессъ государства въ предѣлахъ исторіи кажется однимъ изъ многочисленныхъ примѣровъ «дурной безконечности» Гегеля. Какая актуальная безконечность даетъ ему подлинный смыслъ?

Здѣсь мы принуждены еще несравненно далѣе углубиться въ область метаюридическую, въ которую, какъ было показано, ведетъ проблема правового государства, и освѣтить ее несравненно болѣе основными проблемами. Впрочемъ, къ этимъ источникамъ свѣта возводитъ всякій отдѣлъ строго научнаго эмпирическаго знанія, какъ надъ всякой точкой нашего ограниченнаго земного горизонта поднимается небесная безпредѣльность.

Юридическій утопизмъ подвергается участи, которая обычно выпадаетъ на долю всякаго рода утопій. Съ одной стороны, онъ не считается въ достаточной мѣрѣ съ міромъ соціальной дѣйствительности, надъ которымъ нѣтъ суверенной власти ни у человѣка, ни у созданныхъ имъ правовыхъ нормъ. Съ другой, самый идеалъ, содержащійся въ этомъ утопизмѣ, условенъ и бѣденъ.

Мы знаемъ чрезвычайно сильныя апологіи права. Это—одинъ изъ лейтъ-мотивовъ творчества и паѳоса Іеринга. И у Л. І. Петражицкаго, который исходитъ изъ совершенно другихъ основныхъ положеній, есть блестящія, классическія, можно сказать, страницы, посвященныя великому значенію права въ жизни общества [1]). И въ самомъ дѣлѣ, право, и при томъ право положительное, дѣйствующее въ точномъ смыслѣ этого слова, можно цѣнить за его специфическую опредѣленность, его упорядочивающую роль въ общежитіи, его неуязвимость для личнаго произвола и субъективизма. Изъ этой опредѣленности и объективности рождается спокойствіе и увѣренность въ завтрашнемъ днѣ—благо, которое такъ цѣнятъ люди, переживающіе состояніе анархіи, «кулачнаго права». Важнѣйшая функція права—созда-

[1]) Теорія права и государства, т. I, с. 184.

ніе и сохраненіе общественнаго мира; это признавалось и старой естественно-правовой доктриной. Pax quaerenda est— въ ея глазахъ необходимая истина, къ которой приходитъ человѣческая природа. Наконецъ, именно данныя качества положительнаго права дѣлаютъ его важнымъ элементомъ общественнаго воспитанія, дисциплины, безъ которой не возможно было бы культурное преемство поколѣній. Но цѣнность правового порядка особенно живо чувствуется при его созиданіи. И здѣсь, какъ въ столькихъ другихъ сферахъ нашего внутренняго опыта, оправдываются лессинговскія слова о предпочтительности стремленія передъ обладаніемъ. Элементарный порядокъ и миръ установлены, правовыя нормы и вытекающія изъ нихъ отношенія направляютъ извѣстную часть человѣческой энергіи въ строго опредѣленныя и безспорныя русла; все это сдѣлалось принадлежностью обыденной обстановки, не поражаетъ и не радуетъ, почти такъ, какъ не поражаетъ и не радуетъ насъ имѣть возможность ѣздить по желѣзнымъ дорогамъ, посылать телеграммы, говорить по телефону. Нужно лишиться этихъ жизненныхъ удобствъ, чтобы ихъ оцѣнить по достоинству.

Самая культура правового чувства мѣшаетъ ему уже всецѣло удовлетворяться правовой наличностью. Въ извѣстномъ смыслѣ юридическое правило тѣмъ лучше удовлетворяетъ требованіямъ объективности и безспорности, чѣмъ болѣе законченный и неподвижный обликъ оно приняло, но тѣмъ быстрѣе въ ускоряющемся темпѣ народной жизни оно можетъ оказаться пережиткомъ. Это относится и къ эпохамъ, признавшимъ верховенство закона, а не суверенитетъ единоличной или многоличной воли. Вѣдь формальный легализмъ силенъ именно своей формой; онъ не исключаетъ глубокаго несоотвѣтствія между формой права и содержаніемъ и не обезпечиваетъ отъ этого несоотвѣтствія [1]). Правосознаніе народовъ, поставленныхъ на

[1]) Picard, Le droit pur, p. 312—объ опасностяхъ преувеличеннаго значенія, которое придается юридическимъ отношеніямъ и объектамъ, объ опасностяхъ «aberration dans l'importance sociale du droit»; «il ne faut pas qu'un peuple ou qu'un gouvernement soit trop exclusivement juridique. L'outrance du droit est antisocial... Il y a des hypnotisés du droit. La où les juristes, la Magistrature, les Edifices de Justice prennent trop d'importance, où ils font oublier le reste, il y a déséquilibre et promptement maladie». Cp. Charmont, Le droit et l'esprit démocratique, p. 193, ch.: L'esprit juridique.

авангардѣ цивилизаціи, неизмѣнно апелируетъ отъ права сегодняшняго дня къ праву de lege ferenda, которое должно сдѣлаться правомъ дня завтрашняго. Нѣтъ такой апеляціи лишь въ странахъ, гдѣ мы находимъ чистое господство квіэтизма, покоящагося обыкновенно на религіозномъ освященіи этого неподвижнаго порядка. Востоку долгое время чужда самая идея естественнаго права, или, лучше сказать, въ его глазахъ оно сливается съ положительнымъ: въ этомъ лежитъ одинъ изъ глубочайшихъ контрастовъ между нимъ и міромъ западнымъ [1]). Нечего напоминать, какой разнообразный смыслъ вкладывался въ это естественное право, но никогда въ странахъ западной цивилизаціи правовой позитивизмъ не могъ изгнать до конца представленіе о немъ, никогда, можно быть увѣреннымъ, онъ не въ состояніи этого сдѣлать. Въ настоящее время едва ли уже есть какая-нибудь необходимость оправдывать самую постановку проблемы естественнаго права, какъ и доказывать, что въ ней нѣтъ какого либо противорѣчія съ научнымъ историзмомъ, который является одной изъ основъ современнаго міропониманія [2]). Неустранимо и обращеніе къ нему въ сферѣ правового самоограниченія государства.

Мы разсматривали формы этого самоограниченія и видѣли,

---

[1]) Трудно опредѣлить, насколько, въ частности, въ странахъ мусульманскаго востока это связано съ религіознымъ фатализмомъ. Современные прогрессивные мусульманскіе круги, не желающіе порывать съ народными вѣрованіями, энергично настаиваютъ, что здѣсь нисколько не ограничивается правотворческая дѣятельность, какъ и самый фатализмъ они готовы истолковывать близко къ научному детерминизму. Но дѣйствительный исламъ народныхъ массъ съ его бытовымъ и правовымъ консерватизмомъ не могъ создавать благопріятной почвы для исканій de lege ferenda.

[2]) Естественное право не можетъ быть нѣкимъ абстрактнымъ правомъ наряду съ конкретными формами права, и здѣсь вѣрно возраженіе Вундта въ Logik, B. II, 2, S. 542: «es giebt daher ebensowenig ein Recht in abstracto, wie es eine allgemeine menschliche Sprahce oder allgemeine menschliche Sitte giebt». Но никто такого естественнаго права и не ищетъ. Это недоразумѣніе, которое, между прочимъ, породило и знаменитую формулу Штаммлера: естественное право съ измѣняющимся содержаніемъ,— явственно вскрыто въ статьѣ П. И. Новгородцева, Современное положеніе проблемы естественнаго права, Юридическій Вѣстникъ, I, стр. 22. Ср. Falter, Staatsideale unserer Klassiker, S. 141; Charmont, La renaissance du droit naturel, p. 167.

какъ различны онѣ въ различной политическо-культурной средѣ. И, несмотря на эти многообразія, географическія и историческія, въ самомъ правовомъ государствѣ, какъ *заданіи*, есть нѣчто неизмѣнное. Къ существующимъ организаціямъ властвованія и подчиненія прилагается мѣрило такого властвованія и такого подчиненія, которое оправдывается неизмѣнной основой смѣняющихся правовыхъ воззрѣній—оправдывается справедливостью. Государство должно быть правовымъ, потому что оно должно быть справедливымъ. Это требованіе не есть отрицаніе ни власти, ни силы, ибо справедливость не призываетъ вообще забыть окружающую насъ, данную намъ физическую и соціальную дѣйствительность: это требованіе ведетъ къ ихъ преобразованію. Не возвращаемся ли мы здѣсь къ ученіямъ великихъ мыслителей античнаго міра, для которыхъ между справедливостью и государствомъ существуетъ неразрывная связь? И не соотвѣтствуетъ ли это глубокому инстинкту, который такъ часто сказывается въ произведеніяхъ народнаго творчества, повторяется какъ неизмѣнный узоръ на его пестрой ткани: высшее призваніе государственной власти и высшее ея оправданіе—творить правосудіе, не формально лишь примѣнять обычай или законъ, а внести въ жизненные споры и противорѣчія справедливость; исполнить тотъ призывъ, который Данте видѣлъ начертаннымъ на Юпитерѣ, планетѣ—обиталищѣ праведныхъ властителей: diligite iustitiam qui iudicatis terram [1]).

Такъ освящаются и основныя правовыя требованія, обращенныя къ государству [2]). Верховенство закона есть одно изъ условій воплощенія правового государства: смыслъ это верховенство получаетъ лишь при томъ предположеніи, что законъ справедливъ и способъ его созданія есть въ то же время возможное при недостаткахъ человѣческой природы обезпеченіе этой

---

[1]) Parad. XVIII, v. 91—93: «Diligite iustitiam» primai
Fur verbo e nome di tutto il dipinto;
«Qui iudicatis terram» fur sezzai.

[2]) Her. Spencer, Justice. Ch. VIII — о королларіяхъ справедливости; дальнѣйшія главы посвящены конкретному разбору этихъ королларіевъ (право на физическую неприкосновенность, на свободу передвиженія, на пользованіе окружающею физической средой, право собственности въ его различныхъ проявленіяхъ и т. п.). Естественно, въ глазахъ Спенсера справедливымъ оказывается государство въ духѣ индивидуалистическаго либерализма (особ. ch. XXVI—XXIX).

справедливости. Руссо хотѣлъ видѣть въ законѣ выраженіе общей воли,—но вѣдь общая воля была для него безгрѣшна [1]). Между тѣмъ, если въ обычаѣ право и справедливость нерасчленены или недостаточно расчленены, то въ современномъ законѣ, какъ это вѣрно подчеркиваетъ Кельсенъ, совершенно явственно выступаетъ гетерономный характеръ положительнаго права [2]), дающій этому праву, какъ средству устроенія общежитія, очень крупныя преимущества въ смыслѣ точности и опредѣленности. Повелительная сила закона основана на его внѣшней авторитетности, въ которой не заключается необходимо признака внутренней справедливости: послѣдняя должна быть сюда привнесена [3]). И если закону присущи свойства общаго правила, которыя обосновываютъ равное подчиненіе ему людей, то это равенство, сколь ни важно оно въ исторіи правовой организаціи общежитія, есть еще чисто внѣшнее. Римскіе магистраты, требуя отъ христіанъ преклоненія передъ numen imperatoris, также могли ссылаться на равенство всѣхъ передъ закономъ. Къ равенству и равноправію обращались и русскіе городскіе люди XVIII вѣка, когда они въ екатерининской коммиссіи выражали желаніе раздѣлить съ дворянствомъ монополію владѣнія крѣпостными крестьянами. Законы, продиктованные религіознымъ фанатизмомъ и національной нетерпимостью, законы, легализирующіе прямое гоненіе, могутъ дѣйствовать тѣмъ разрушительнѣе, чѣмъ точнѣе въ нихъ проведено начало равенства. Признаніе равныхъ правъ и равныхъ обязанностей можетъ доставить правовое удовлетвореніе лишь тогда, когда эти права и обязанности сами имѣютъ нѣкоторое оправданіе [4]).

[1]) Contrat social, II, ch. 3.

[2]) Hauptprobleme der Staatswissenschaftslehre, S. 33 u. s. w. Въ отрицаніи гетерономнаго характера права лежитъ одна изъ главныхъ ошибокъ Краббе—Die Lehre der Rechtssouveränität, S. 137.

[3]) Здѣсь естественно вспоминается ученіе о справедливости Л. І. Петражицкаго, для котораго она есть интуитивное право, отличаясь, съ одной стороны, отъ права позитивнаго (отсутствіемъ ссылокъ на устанавливающія его авторитеты) и, съ другой, отъ морали (императивно-аттрибутивнымъ характеромъ его нормъ). Не надо забывать, что у Л. І. Петражицкаго и мораль дѣлится на позитивную и интуитивную.

[4]) Можно себѣ представить исканіе равенства хотя бы въ безправіи, готовность ради этого даже ухудшить свое положеніе, только бы не пользоваться извѣстной привилегіей и т. п. Подобное настроеніе политиче-

Пусть, съ другой стороны, это оправданіе существуетъ и пусть государство признаетъ извѣстныя субъективныя публичныя права, при томъ постепенно расширяющіяся, за каждымъ членомъ государственнаго союза, какъ и за ихъ соединеніями. Почему съ точки зрѣнія правового государства здѣсь налицо настоящія права, которыя ставятъ грани государственной власти, а не только, какъ склонны думать нѣмецкіе государствовѣды типа Лабанда, отраженія объективнаго порядка въ государствѣ? Почему эти права вовсе не суть привилегіи, предоставляемыя людямъ излюбленнаго класса, и самую неравномѣрность въ распредѣленіи нѣкоторыхъ изъ нихъ ихъ защитники стремятся объяснить требованіями распредѣлительной справедливости? Не потому, конечно, чтобы самыя эти права были прирожденныя и предшествовали государственному порядку—такая попытка ихъ объяснять въ настоящее время казалась бы дѣтски-безпомощной и отдавала бы самой дурной метафизикой. Но потому, что въ основѣ всѣхъ ихъ лежитъ представленіе о достоинствѣ человѣческой личности, которое должно быть отражено въ дѣйствующемъ правѣ и въ извѣстныхъ предѣлахъ является его молчаливой предпосылкой. Это представленіе запечатлѣлось въ американской и французской декларацiи правъ [1]) и оно, несмотря на всѣ юридическіе, соціологическіе

скаго аскетизма было весьма свойственно нашему народничеству. Оно не имѣетъ ни моральнаго, ни правового обоснованія, какъ и всякія тенденціи «равненія къ низу»: должны быть подняты безправные, а не лишены справедливыхъ правъ тѣ, кто ихъ имѣютъ. Помимо своей этической несостоятельности эти тенденціи въ культурномъ смыслѣ въ высшей степени пагубны. Онѣ не имѣютъ ничего общаго съ готовностью временнаго отказа отъ правовыхъ благъ, какъ и другихъ преимуществъ, ради общаго блага и общей необходимости.—Само собой разумѣется, еще хуже это равненіе къ низу, когда оно диктуется простой завистью, хотя и прикрывается ссылками на демократическія начала и т. п. Безправіе и нищета другого нисколько не облегчаетъ мое безправіе и мою нищету.

[1]) Іеллинекъ въ Die Erklärung der Menschen-und-Bürgerrechte доказалъ связь этихъ декларацій съ религіозными движеніями XVII вѣка и въ частности съ борьбой за свободу совѣсти. Ср. Gooch, The history of english democratic ideas in the 17 century, p. 204. Подобное преемство имѣетъ не только историческій смыслъ: оно выражаетъ послѣдовательность и логическую и этическую. Оторванная отъ этихъ корней декларація все-

и философскiе недочеты, даетъ этимъ памятникамъ неизгладимое мѣсто въ исторiи человѣчества [1]).

Достоинство человѣческой личности не можетъ быть обосновано изъ законченнаго научно-эмпирическаго мiровоззрѣнiя. Лишь для нашего религiознаго сознанiя человѣкъ является вѣнцомъ природы, посредникомъ двухъ мiровъ—такъ его изобразилъ проникнутый и религiознымъ и гуманистическимъ паѳосомъ лучезарный сынъ итальянскаго ренессанса Пико да Мирандола [2]). Пусть человѣка подготовила космическая и органическая эволюцiи, пусть не только за нимъ стоитъ безпредѣльное прошлое мiра, но и впереди его—полное невѣдомыхъ возможностей будущее, пусть антропонцентризмъ обычно есть свидѣтельство ограниченности, слабости ума и чувства. Признанiе человѣческаго достоинства не нуждается въ антропоцентризмѣ, чтобы сдѣлаться постулатомъ, обращеннымъ къ правовому порядку. Противъ смертной казни у насъ поднимается не только незаглушимый никакими софизмами голосъ нравственнаго чувства: стоя передъ человѣческой жизнью, мы видимъ, что не имѣемъ *права* на нее посягнуть. Знаемъ, что природа являетъ постоянное торжество смерти и разрушенiя, знаемъ даже, что безъ нихъ не могли бы существовать жизнь и созиданiе,—но чувствуемъ, что въ эту естественную цѣпь причинъ и слѣдствiй вплетается для насъ новая религiозно-моральная отвѣтственность, которая требуетъ своего выраженiя и въ правѣ,

---

цѣло подпадаетъ подъ дѣйствiе разрушительной критики Бентама и въ самомъ дѣлѣ легко представляется собранiемъ какихъ-то «анархическихъ софизмовъ».

[1]) Критика декларацiи съ точки зрѣнiя историческаго реализма, какую мы находимъ, напримѣръ, въ Origines de la France contemporaine Тэна, сама грѣшитъ антиисторическимъ рацiонализмомъ, сама повторяетъ ошибки, свойственныя философiи XVIII вѣка.

[2]) «Medium te mundi posui... Nec te celestem, nec terrenum neque mortalem neque immortalem facimus, ut tui ipsius quasi arbitrarius honorariusque plastes et fictor in quam malueris tute formam effingas. Poteris in inferiora quae sunt bruta degenerare, poteris in superiora quae sunt divina ex tui animi sententia regenerare». Приведено у Burckhardt, Die Kultur der Renaissance in Italien, B. II S. 98. Въ другомъ смыслѣ эта двойственность человѣческой природы, причастной и ничтожеству и величiю, есть одинъ изъ основныхъ мотивовъ у Паскаля, Pensées, II Partie, art. 1, 5 («gloire et rebut de l'Univers»).

ибо отклонить ее значитъ отвергнуть одну изъ основъ общежитія. Именно потому здѣсь и невозможно остаться на почвѣ положительнаго права, въ отдѣльныхъ нормахъ коего summum ius такъ часто становится summa iniuria [1]).

То же самое относится и къ другимъ сторонамъ правовой организаціи государства. Требованія, напримѣръ, дѣйствительной отвѣтственности должностныхъ лицъ и правильно поставленной административной юстиціи суть въ основѣ требованія справедливости, которой должны подчиняться и носители власти и ихъ дѣйствія. И если, какъ было указано, съ точки зрѣнія правового государства détournement de pouvoir представляетъ такой глубокій интересъ, то именно потому, что здѣсь создающаяся правовая норма въ такой полной мѣрѣ реализуетъ справедливость. Въ этомъ сказывается важнѣйшая прагматическая задача естественнаго права, которое есть не что иное, какъ выраженная въ юридическихъ понятіяхъ справедливость— задача связывать правовой порядокъ и нравственныя его основанія [2]). У справедливости, какъ у естественнаго права, есть «мѣняющееся содержаніе», тотъ историческій матеріалъ, къ которому она прилагается—не только въ смыслѣ объективныхъ возможностей—экономическихъ, техническихъ и т. п., но и въ смыслѣ отличающихъ данную эпоху идей, чувствъ и стремленій. Справедливость, о которой говорилъ Сократъ, была приложена имъ къ строю аѳинскаго полиса и къ жизни аѳинскихъ гражданъ, но это то же мѣрило, та же справедливость, которыя мы прилагаемъ къ современнымъ вещамъ, дѣламъ и людямъ. И теперь, какъ тогда, исканіе правового государства приводитъ насъ къ справедливости; если призрачна послѣдняя, то нѣтъ смысла

---

[1]) Stammler, Die Lehre von dem richtigen Rechte, S. 34: «man kann (den Spruch) kurz dahin wiederlegen: das Recht als höchstes Gesetz ist das grösste Unrecht... Wer eine besondere rechtliche Norm mit bestimmten Inhalte bedingungslos behaupten und verfechten will bloss weil sie eine rechtliche ist, verfällt einem sachlich unrichtigen Wollen».

[2]) Чувство этической основы права, которое такъ сильно и ярко было присуще античной мысли, постоянно выражается и въ новой философіи права, несмотря на ея иногда преувеличенныя заботы дать безспорно точныя границы между правомъ и нравственностью. Очень характерно у Trendlenburg, Naturrecht auf dem Grunde der Ethik, S. 94.

и въ первомъ. Въ такомъ случаѣ остается одна реальность—властвованіе, подчиненіе, и безпощадная борьба между людьми, классами, національностями за господство. Въ такомъ случаѣ единственная неопровержимая философія исторіи есть та, которую исповѣдуетъ революціонный синдикализмъ. И тогда, конечно, всякіе разговоры о правовомъ прогрессѣ есть пустая и обманчивая риторика.

Но и справедливость въ ея элементарномъ, по крайней мѣрѣ, смыслѣ не можетъ быть предѣломъ этого восхожденія. Ренувье, одинъ изъ моралистовъ новаго времени, который въ наибольшей степени былъ проникнутъ идеей справедливости, особенно подчеркивалъ превосходство послѣдней надъ любовью и добротой. Любовь и доброта обращаются къ *природѣ* человѣка, берутъ человѣка какъ животное, тогда какъ справедливость обращается къ *личности* человѣка, къ человѣку, какъ таковому [1]). Эта явная и очень характерная ошибка для того типа представителей моральнаго ригоризма, къ которому принадлежалъ Ренувье и который несомнѣнно воплощался и въ Кантѣ. Справедливость въ дѣйствительности болѣе обращается къ абстрактной человѣческой личности, чѣмъ къ конкретному человѣческому лицу; она дѣйствуетъ общими правилами—и въ этомъ ея сходство съ правомъ, хотя она и менѣе огульна. Но, именно подымаясь по лѣстницѣ этическихъ состояній, мы въ то же время подымаемся отъ абстрактнаго къ конкретному, отъ общаго закона—къ индивидуальному самоопредѣленію [2]). Никогда справедливость не способна къ такому глубокому проникновенію въ другую личность, такой бережной ея охранѣ, какъ доброта и любовь. И это не ограниченность, ибо любовь къ ближнему включаетъ и любовь къ тому дальнему, тому безконечному, носителемъ чего является ближній. Поэтому семейная жизнь никогда не можетъ быть построена на одной справедливости; не

---

[1]) Science de la morale, v. I, p. 82,139, особ. 142: «ce ne sera proprement la personne, c'est sera la nature d'autrui... l'homme comme animal et non pas comme l'homme». Однако соціальная этика самого Ренувье, данная во II томѣ Science de la morale, далеко не всегда укладывается естественнымъ и безболѣзненнымъ путемъ въ рамки справедливости.

[2]) Превосходныя страницы объ этомъ у Б. П. Вышеславцева, Этика Фихте, с. 208, 387, 428.

имѣя другой основы, она обречена была бы на распадъ, или содержаніе ея совершенно не соотвѣтствовало бы формѣ. Кто понималъ и чувствовалъ справедливость тоньше и глубже, чѣмъ Аристотель, и, однако, онъ не задумывался выше ея поставить дружбу — *φιλία* [1]).

Главное, однако, что въ нѣдрахъ самой справедливости образуются роковыя противорѣчія. Справедливость, воздающая каждому по дѣламъ его, всегда оставляетъ насъ не совсѣмъ удовлетворенными. Въ свое время признаніе индивидуальной отвѣтственности въ противоположность отвѣтственности коллективной знаменовало признаніе личности. «Сынъ не понесетъ вины отца, и отецъ не понесетъ вины сына; правда праведнаго при немъ и остается и беззаконіе беззаконнаго при немъ и остается» (Іезек. 18, 20) [2]). Великій шагъ не только въ соціальномъ, но и этическомъ смыслѣ. Но мы узнали съ тѣхъ поръ, какъ много условнаго въ принципѣ вмѣненія и какъ далеко простирается отвѣтственность за дѣйствія, совершенныя отдѣльнымъ лицомъ [3]). Возмездіе ради возмездія—не есть ли это пережитокъ древняго ока за око, зубъ за зубъ? Не чувствуется ли его отголосокъ въ столь этически для насъ непонятномъ желаніи Канта видѣть хотя бы наканунѣ всеобщаго конца казненнымъ послѣдняго убійцу? Самое совершенное правосудіе нуждается въ томъ, чтобы его приговоры могли исправляться путемъ права помилованія. Но можетъ ли элементарная справедливость оправдать помилованіе—не общую амнистію, которая вытекаетъ изъ измѣнившагося взгляда на совершенное дѣйствіе, а именно помилованіе? Никогда эта справедливость не въ состояніи проникнуть достаточно глубоко въ человѣческую душу и найти въ ней непроявившіяся силы, найти подъ искаженіями подлинную при-

---

[1]) Eth. Nic I. VIII c. 1, 4: *καὶ φίλων μὲν ὄντων οὐδὲν δεῖ δικαιοσύνης, δίκαιοι δ'ὄντες προσδέονται φιλίας, καὶ τῶν δικαίων τὸ μάλιστα φιλικὸν εἶναι δοκεῖ.*

[2]) Ср. въ Коранѣ гл. 2, ст. 117: «бойтесь дня въ который ни одна душа нисколько не удовлетворитъ за другую душу, не примется за нее равнаго воздаянія, не принесетъ ей пользы ходатайство». Пер. Саблукова, с. 18.

[3]) Эта отвѣтственность всѣхъ за всѣхъ, эта особая связь, соединяющая людей, съ великой силой открывается въ произведеніяхъ Достоевскаго, который такъ чувствовалъ всю обманчивость атомистическаго индивидуализма.

роду личности,—это въ состояніи сдѣлать только симпатія и жалость. Какъ понять, что блудному сыну былъ оказанъ болѣе радостный и торжественный пріемъ, чѣмъ его достойному брату, что работники послѣдняго часа получили то же, что и перваго? Развѣ эти образы, съ которыми мы такъ свыклись и въ которыхъ воплотилась такая нравственная высота и красота,—развѣ не идутъ они дѣйствительно въ разрѣзъ съ понятіемъ строгой справедливости? Они соблазняли многихъ критиковъ христіанства, начиная съ Цельза[1]). Но это преодолѣніе справедливости въ ея первоначальномъ смыслѣ совершается всякій разъ, когда повторяются слова молитвы: и остави намъ долги наши, якоже и мы оставляемъ должникомъ нашимъ [2]).

Есть ли благость дѣйствительно отрицаніе справедливости? Такъ можетъ казаться только для взора, скользящаго по поверхности нравственнаго міра. Разрѣшить противорѣчія справедливости можно только идя въ глубь его, разсматривая самую справедливость въ новомъ планѣ [3]). И тогда становится яснымъ, что высшая ступень вмѣщаетъ и низшую, но прибавляетъ къ ней новое содержаніе. Переставляя выраженія въ формулѣ Лейбница, мы начинаемъ понимать, что caritas est iustitia sapientis [4]).

---

[1]) Origenis Contra Celsum, III, 64: «τίς οὖν αὕτη ποτὲ ἡ τῶν ἁμαρτωλῶν προτίμησις», ib. p. 62. — вѣра христіанъ, что Богъ посланъ грѣшникамъ: «φησὶν ἡμᾶς λέγειν τοῖς ἁμαρτωλοῖς πεπέμφθαι τὸν θεόν». Ср. Keim, Celsus wahres Wort, S. 248.

[2]) Вѣчными останутся слова, которыя Шекспиръ вложилъ въ уста Порціи на судѣ—слова, которыми она хочетъ смягчить Шейлока:

«And earthly power doth then shew likest Gods
When mercie seasons Justice. Therefore Jew,
Though Justice by thy plea, consider this
That in the court of Justice non of us
Should see salvation: we do pray for mercie
And that fame prayer doth teach us all to render
The deeds of mercie».

[3]) Въ теософской литературѣ воспроизводится ученіе о іерархическомъ рядѣ плановъ, изъ которыхъ каждый, возвышаясь надъ низшимъ, объемлетъ его: такъ астральный планъ объемлетъ физическій, ментальный—астральный и т. д. Въ этомъ образѣ есть философскій смыслъ, совершенно не связанный, конечно, съ содержаніемъ теософскихъ воззрѣній.

[4]) Эта перестановка вполнѣ родственна духу Лейбница, для котораго «justice n'est autre chose que ce qui est conforme à sagesse et à bonté

Но въ элементарной, обычной своей формѣ iustitia часто направляетъ человѣческую дѣятельность значительно въ другую сторону, чѣмъ caritas [1]).

То же самое мы видимъ въ области государственной дѣятельности. Кажется радикальнымъ требованіемъ элементарной справедливости, воплощенной въ законодательствѣ, чтобы трудящійся получилъ полный продуктъ своего труда. Оно много разъ высказывалось соціалистическими писателями и оно развертывается въ знаменитомъ положеніи сенъ-симонистовъ: каждому по его способностямъ, каждой способности по ея заслугамъ. Отсюда еще ни въ какомъ случаѣ нельзя перейти къ праву на достойное существованіе, праву, которое по распространяющемуся среди современныхъ европейскихъ обществъ мнѣнію должно стать одной изъ основъ грядущаго правового государства [2]). Наоборотъ, между этими двумя требованіями есть внутреннее противорѣчіе. Право на достойное существованіе можетъ быть выведено лишь изъ цѣнности, которой обладаетъ всякая человѣческая личность, помимо ея заслугъ,—изъ того же источника, откуда проистекаетъ недопустимость смертной казни. Нарушается ли, однако, дѣйствительно здѣсь справедливость? Опять-таки лишь для поверхностнаго взгляда, видящаго въ обществѣ простое собраніе ничѣмъ не связанныхъ людей. Ибо «полный продуктъ труда» никогда не создается безъ того, чтобы въ немъ не запечатлѣлся трудъ и участіе ряда другихъ людей, цѣлый общественный порядокъ съ его правовыми и моральными предпосылками. Нѣтъ соціальнаго права безъ соціальной обязанности. Смыслъ права на полный продуктъ труда лежитъ

---

jointes ensemble».—Mollat, Rechtsphilosophisches aus Leibnizens ungedruckten Schriften, S. 62.

[1]) Ср. Lorimer, The institutes of law, v. I, p, 248: «the principles of justice and charity are identical; their separate realisation is impossible»; авторъ даетъ здѣсь интересное сопоставленіе съ Ѳомой Аквинтскимъ. Нельзя, однако, съ нимъ соглашаться, когда онъ пытается установить тождество этихъ понятій у Аристотеля, ссылаясь на слова никомаховской этики: αὕτη μὲν οὖν δικαιοσύνη οὐ μέρος ἀρετῆς, ἀλλὰ ὅλη ἀρετή ἐστιν.

[2]) Объ этихъ двухъ принципахъ ср. A. Menger, Das Recht auf den vollen Arbeitsvertrag, S. 6 usw., S. 166. По справедливому замѣчанію А. Менгера (S. 6) право на трудъ (Recht auf Arbeit) есть лишь видоизмѣненіе права на существованіе (Recht auf Existenz).

въ отрицанiи безработнаго дохода, но, когда это отрицанiе переводится на языкъ категорическихъ положительныхъ утвержденiй[1]), мы становимся передъ несомнѣннымъ этическимъ противорѣчiемъ. Справедливость требованiя предполагаетъ цѣнность трудящейся личности, эта цѣнность не можетъ быть обоснована внѣ признанiя личности вообще—признанiе послѣдней направляетъ политическую и соцiальную мысль уже по иному пути. Человѣкъ долженъ быть предметомъ вниманiя и помимо его заслугъ, просто какъ человѣкъ. Это отражается и въ программахъ самихъ соцiалистическихъ партiй [2]).

Но оставимъ эту область новыхъ принциповъ, еще въ столь малой степени отразившихся на законодательствѣ. Въ жизни современнаго государства мы уже видимъ осуществленiе такихъ задачъ, которыя, если къ нимъ приложить мѣрило элементарной справедливости, чуть ли не явятся, выражаясь терминологiей католической церкви, «сверхдолжными» (supererogatoria). Можно указать на заботу о душевныхъ больныхъ и при томъ такихъ, которые никогда не вернутся къ нормальной жизни,—заботу, которая поглощаетъ весьма крупныя средства, на призрѣнiе неизлѣчимыхъ, даже на борьбу противъ жестокаго обращенiя съ животными. Конечно, идея благотворительности въ настоящее время весьма скомпрометирована,—и не безъ вѣскихъ основанiй; конечно, существуетъ стремленiе передать ея задачи соцiальной политикѣ. Но это возможно лишь въ томъ случаѣ,

---

[1]) Мы не говоримъ здѣсь уже о практически-непреодолимыхъ трудностяхъ подобной реформы. Менгеръ убѣдительно показываетъ неосуществимость ея черезъ реформу кредита (Прудонъ), или черезъ фиксацiю труда и товаровъ хотя бы въ Arbeitsgeld, какъ предлагалъ Родбертусъ; не менѣе утопична она, однако, вопреки ему и при режимѣ общинной собственности (можетъ быть, отчасти здѣсь взглядъ Менгера объясняется его крайней идеализацiей русской общины—S. 13.).

[2]) Онѣ всѣ тяготѣютъ къ праву на достойное существованiе. Если, напримѣръ, готская программа нѣмецкой соцiалъ-демократiи 1875 г. признавала, что весь продуктъ труда принадлежитъ всей нацiи, это вытекаетъ изъ совсѣмъ иной концепцiи соцiальной справедливости, гораздо менѣе элементарной, чѣмъ право отдѣльнаго работника на полный продуктъ его труда. Ср. о принципѣ нацiональнаго минимума, принципѣ, который исходитъ изъ представленiя о цѣломъ обществѣ въ классическомъ произведенiи С. и Б. Уэббъ, Industrial democracy, p. 766.

если сама соціальная политика восприметъ въ извѣстныхъ предѣлахъ настроеніе, проникавшее лучшихъ представителей благотворительности [1]). Намъ кажутся курьезными средневѣковыя грамоты, содержащія извѣстныя распоряженія въ пользу нищихъ и обставляющія ихъ оговоркой: а если, Боже сохрани, нищихъ не будетъ...[2]). Средневѣковое общество видѣло здѣсь средство обезпечить спасеніе души. Современное общество и современное государство тоже нуждаются въ наличности у ихъ сочленовъ чувствъ, заставляющихъ человѣка итти на помощь чужому горю и страданію, просто потому, что это горе и страданіе; пусть здѣсь даже дѣйствуютъ мотивы, которые съ высшей этической точки зрѣнія спорны. Между тѣмъ всякой соціальной политикѣ по необходимости присущъ элементъ «ставки на сильныхъ» (относительно), и тѣмъ необходимѣе уравновѣсить его повышенной заботой о слабыхъ[3]). Въ арабской сказкѣ мудрецъ предостерегаетъ человѣка, хотѣвшаго эксплоатировать чужое довѣріе: «ты будешь виновенъ въ томъ, что угаснетъ состраданіе на землѣ». Велика отвѣтственность всѣхъ, кто содѣйствуетъ этому угасанію, кто равнодушно смотритъ на него. Въ годину стихійныхъ бѣдствій и военныхъ испытаній этотъ фондъ благожелательныхъ и самоотверженныхъ симпатій оказывается для государства не менѣе существеннымъ, чѣмъ фондъ его матеріальныхъ рессурсовъ; но если онъ меньше замѣтенъ въ обыденной жизни общества, онъ неизмѣнно въ ней расходуется—и дѣло нисколько не мѣняется отъ того, что его соціально-благотворительная энергія лишь въ малой части находится въ непосредственномъ распоряженіи государства. Если что-нибудь, то именно благотворительность въ самомъ широкомъ смыслѣ слова

---

[1]) О контрастѣ «social» и «charitable»—въ интересной статьѣ Delpart по поводу французскаго закона 14 іюля 1905 г.: «La crise du libéralisme en matière d'assistance». Revue politique et parlementaire, 1908, Fevrier, p. 329.

[2]) Примѣръ у Bezold, Geschichte der deutschen Reformation, S. 96.

[3]) Указъ 9 ноября 1906 г. о выдѣлѣ изъ общины многими разсматривался, какъ нарушающій начала справедливости. Мы не согласны съ этой оцѣнкой, поскольку берется заключающійся въ немъ принципъ. Но отсутствіе необходимаго уравновѣшенія его послѣдствій, отсутствіе достаточной заботы о тѣхъ, которыхъ указъ 9 ноября или теперь законъ 14 іюня 1910 г. неизбѣжно, хотя и косвенно, поражаетъ, есть недочетъ не только политическій, но и этическій.

требуетъ возможно большей децентрализаціи, возможнаго приближенія тѣхъ, кто даютъ, къ тѣмъ, кто принимаютъ [1]). Государство же должно видѣть въ этой дѣятельности не только необходимый плодъ, но и питающій источникъ драгоцѣнныхъ и для него соціальныхъ чувствъ [2]).

Уже въ современномъ государствѣ можно замѣтить ту сторону проявленій его дѣятельности, которую В. С. Соловьевъ называлъ «организованной жалостью» [3]). Власть должна быть ограничена правомъ во имя справедливости; справедливость должна быть восполнена дѣятельной благожелательностью, которая въ извѣстномъ смыслѣ есть высшая справедливость, вытекающая изъ достоинства человѣческой личности и изъ сознанія космическаго и моральнаго единства [4]). Высшая ступень даетъ подлинный смыслъ низшей, объемлетъ ее. Но для общества невозможно непосредственно подняться на высшую, и въ этомъ основное оправданіе государства правового; не только нѣтъ противорѣчія между нимъ и высшими въ морально-культурномъ смыслѣ формами, но путь къ послѣднимъ лежитъ черезъ него. Правовое го-

[1]) Поэтому благотворительность гораздо болѣе соотвѣтствуетъ муниципальнымъ, чѣмъ государственнымъ учрежденіямъ, и нѣкоторыя ея стороны доступны лишь совсѣмъ мелкимъ территоріальнымъ единицамъ, а другія—всегда требуютъ частной самодѣятельности, при которой только и можно въ достаточной мѣрѣ индивидуализировать благотвореніе. Но государство всѣмъ этимъ начинаніямъ можетъ оказывать широкую матеріальную и моральную помощь.

[2]) Та область законодательства, которая въ наибольшей степени какъ бы отражаетъ идею справедливости, есть уголовное право. Но знаменитая теорія возмездія давно сдана въ архивъ. Обоснованіе наказанія дается не справедливостью, а требованіемъ соціальной защиты, которая, однако, сама должна быть согласована не только со справедливостью, но и съ гуманностью, хотя бы существующіе уголовные кодексы въ весьма многомъ расходились съ этимъ требованіемъ: «правда и милость да царствуетъ въ судахъ».—Въ отрицаніи указаннаго элемента лежитъ πρῶτον ψεῦδος современной евгеники, хотя самая идея «улучшенія расы» имѣетъ полный смыслъ.

[3]) Оправданіе добра. Собраніе сочиненій, т. VIII, с. 486.

[4]) Шопенгауэръ на буддійскомъ «tat twam asi» обосновываетъ этику состраданія, которая неизбѣжно вытекаетъ изъ его пессимизма; если жизнь есть страданіе, то сочувствіе становится состраданіемъ. Но чувство единства, выраженное въ этихъ словахъ, можетъ обосновывать и положительныя стороны сочувствія—всю гамму человѣческой благожелательности.

сударство—это *преддверіе,* такъ сказать, общежитія, въ возможной степени гармонирующаго съ духовными запросами человѣка. Нельзя миновать поэтому и абстрактнаго правового формализма, который въ своей исключительности кажется столь ограниченнымъ[1]). Нельзя, ибо не существуетъ другого пути восхожденія, хотя бы черезъ благодѣтельный деспотизмъ или черезъ анархическую вольность.

Здѣсь нѣтъ никакой идеализаціи государства. Оно глубокими корнями связано со стихіей насилія и эгоизма; лишь въ извѣстныхъ предѣлахъ можетъ въ немъ воплотиться верховенство права, въ меньшихъ—господство справедливости, а въ еще меньшихъ—справедливости высшей, расширенной до благости. Чѣмъ болѣе мы поднимаемся, тѣмъ труднѣе преодолѣвается сопротивленіе соціальнаго матеріала. Но если государство не есть земное божество Гегеля, то оно и не холодное чудовище, каковымъ его увидѣлъ Нитше; оно—отраженіе всей человѣческой природы—и въ ея темныхъ низахъ и въ обращенныхъ къ вѣчному свѣту ея вершинахъ.

Степень осуществленія правовыхъ началъ въ государствѣ весьма различна; но даже тамъ, гдѣ, повидимому, они осуществляются съ наибольшей полнотой, они требуютъ многаго, что лежитъ за предѣлами строенія и дѣятельности учрежденій. Отъ вѣры XVIII вѣка во всемогущество послѣднихъ мы ушли очень далеко. Всеобщее избирательное право, референдумъ, федеративный строй, автономія, парламентаризмъ—всѣ эти формы имѣютъ за собой крупныя правовыя качества; но въ предѣлахъ всѣхъ ихъ могутъ находить удовлетвореніе интересы, глубоко претящіе правовому сознанію. Съ другой стороны, формы—лишь средства, и притомъ средства, способность коихъ измѣнять окружающую жизнь въ сравненіи съ запросами этой жизни весьма ограничена. Всякое забвеніе объ этихъ грани-

[1]) Въ этомъ между прочимъ ошибка О. Конта, въ глазахъ котораго абстрактный правовой формализмъ казался метафизикой худшаго типа. Отсюда психологически можетъ быть понята и его антипатія ко «всеобщему праву». Cours de philosophie positive, 2 ed., 1864, v. IV, p. 46. Здѣсь есть полное родство его мысли и мыслей Сенъ-Симона. Ср. Dumas, Psychologies de deux messies positivistes, p. 114.

цахъ ведетъ къ кризису[1]). Въ оцѣнкѣ государственныхъ учрежденій онъ особенно чувствуется тамъ, гдѣ эти учрежденія какъ бы выражаютъ послѣднее слово современнаго политическаго творчества. Здѣсь же наиболѣе благодарна задача политическаго скепсиса—раскрывать все ихъ несоотвѣтствіе великимъ соціальнымъ и культурнымъ проблемамъ, волнующимъ міръ. Подобное настроеніе политическаго fin de siècle, конечно, особенно характерно для Франціи, хотя можно найти его и въ Англіи, и въ Соединенныхъ Штатахъ, и въ сущности болѣе или менѣе всюду въ странахъ, уже достигшихъ полной и безспорной политической свободы. Это болѣзнь высокой и зрѣлой политической культуры. Анархисты и синдикалисты-революціонеры встрѣчаются здѣсь со сторонниками возврата къ пережитымъ государственнымъ формамъ и порядкамъ.

Наряду съ этимъ часто безпросвѣтнымъ скептицизмомъ, наряду съ брезгливымъ равнодушіемъ, который, казалось, таитъ въ себѣ угрозы политическаго вырожденія и національной катастрофы, мы въ той же Франціи видѣли другія идеи и чувства. Разлагающему анархическому индивидуализму и принудительному коллективизму противополагается идея общественной солидарности, которую разрабатывало и пропагандировало чрезвычайно популярное теченіе французской мысли, примѣняя ее къ очереднымъ вопросамъ соціальной политики[2]). Въ смыслѣ теоріи—соціологической и философской—этотъ солидаризмъ представляетъ въ высшей степени уязвимыя стороны; онъ эклектиченъ, въ немъ солидарность какъ естественный психологическій фактъ и солидарность какъ норма, обязанность постоянно смѣшиваются[3]); самая обязанность эта не имѣетъ обоснованія.

---

[1]) Современный читатель съ интересомъ обратится къ простымъ и искреннимъ страницамъ, на которыхъ Милль разсказываетъ свой собственный подобный кризисъ.—Autobiography, p. 170.

[2]) См. Leon Bourgeois, Solidarité; собранія Essai d'une philosophie de la solidarité и Les applications sociales de la solidarité (въ серіи Bibliothèque générale des sciences sociales). Eichthal, La solidarité sociale (докладъ въ Académie des sciences morales et politiques; весьма интересныя пренія были вызваны этимъ докладомъ и сообщеніемъ Brunot, La solidarité sociale comme principe des lois, ib. p. 84). П. И. Новгородцевъ, Кризисъ современнаго правосознанія, с. 378.

[3]) Seailles, Les affirmations de la conscience moderne, p. 182.

Вообще солидарность есть только форма, въ которую можетъ вливаться весьма различное этически содержаніе—служеніе общему благу и групповой или классовый эгоизмъ, одушевленное творчество и лѣнивая косность[1]). Между тѣмъ вѣра въ солидарность нерѣдко во Франціи принимала форму настоящаго суевѣрія—исканія своего рода философскаго камня въ соціально-политической жизни, подобно вѣрѣ въ пропорціональное представительство, прогрессивный налогъ, трехлѣтнюю военную службу; странныя психологическія состоянія на фонѣ общаго безвѣрія и скептицизма. И все-таки этотъ солидаризмъ глубоко характеренъ съ его ученіемъ о quasi-контрактѣ, долженствующемъ замѣнить старый общественный договоръ[2]), съ его исканіемъ психологическихъ и этическихъ обоснованій дѣеспособности политической демократіи. Онъ занимаетъ то же мѣсто, какъ гражданская религія у Руссо, обезпечивающая вѣрность гражданъ общественному договору,—мѣсто, которое не можетъ быть заполнено никакимъ учрежденіемъ, никакой правовой нормой[3]). А происшедшій на нашихъ глазахъ великій моральный подъемъ Франціи, обрѣтшей передъ лицомъ врага подлинное, а не искусственное единство, полное энергіи и самоотверженія, показываетъ, что скепсисъ не затронулъ жизненныхъ корней великой націи; сама же солидарность — не построеніе теоретиковъ, не послѣднее прибѣжище моралистовъ, а настоящая дѣйствительность, способная раскрываться въ паѳосѣ и красотѣ героизма.

Та же самая потребность слышится и въ призывахъ къ вос-

---

[1]) Bureau, La crise morale des temps nouveaux, p. 338: «dans un milieu, ou régnerait une moralité élevée, elle (la solidareté) serait un adjuvant précieux de cette moralité même... dans une société dont la vie morale s'affaisse et s'atrophie, elle devient une collaboratrice très active de toutes les forces mauvaises». Темная сторона солидарности у Ренувье въ Nouvelle Monadologie, p. 425. Чрезвычайно интересно возраженіе Тарда на доклады Эйхталя и Брюно. La solidarité sociale, p. 140.

[2]) Bourgeois, Solidarité p. 129.

[3]) Въ этомъ смыслѣ существенная качественная разница между даже некритической и необоснованной вѣрой въ солидарность и рецептами оздоровленія, которые предлагали, напр., фанатики пропорціональнаго представительства. О тяготѣніи французской новѣйшей мысли къ проблемамъ взаимоотношенія морали и соціологіи у Parodi, Le problème moral, p. 39.

питанію демократіи[1]), въ рѣчахъ о той національной подготовкѣ, которая внесетъ въ осуществленіе политическихъ правъ сознательность и чувство отвѣтственности, какъ и о томъ соціальномъ идеализмѣ, который одинъ способенъ одухотворить реальную ежедневную работу[2]); она просвѣчиваетъ и въ идеалѣ сильной жизни, основанной на физическомъ, умственномъ и моральномъ подъемѣ личности—идеалѣ, который въ простыхъ, но яркихъ чертахъ изображалъ Рузвельтъ, призывая американскій народъ ему слѣдовать[3]). И если во Франціи такъ сильно чувствовались опасность внутренняго кризиса и неразрѣшимость все обостряющихся соціально-политическихъ противорѣчій, соблазны безотвѣтственной демагогіи, питаемые ошибками демократіи, или лучше сказать, правящихъ въ ней группъ, то тѣмъ знаменательнѣе были эти голоса, предостерегающіе, призывающіе къ самоограниченію и чувству отвѣтственности, къ внутреннему обновленію[4]). Послѣднія событія показали, что они не были гласомъ вопіющаго въ пустынѣ.

Понятно и то напряженное вниманіе, которое въ этомъ кругѣ идей привлекаетъ воспитаніе и подготовка грядущихъ поколѣній. И здѣсь есть какое-то сродство съ античной мыслью. Ни для Платона, ни для Аристотеля не могло быть политическаго строя безъ соотвѣтствующаго воспитанія, все равно государственнаго или семейнаго, какъ и безъ извѣстнаго, укрѣпляемаго этимъ воспитаніемъ нравственнаго единодушія: необходимость его Аристотель признавалъ не менѣе, чѣмъ Платонъ, хотя и возражалъ противъ идеала абсолютнаго единства, раскрываемаго въ Республикѣ[5]). Ему было ясно, что политика не можетъ проходить даже мимо вопроса, на какихъ инструментахъ

---

[1]) П. И. Новгородцевъ, Кризисъ современнаго правосознанія, с. 367.

[2]) Fournière, L'idéalisme social, p. 299.

[3]) См. его этюдъ: The manly virtues and practical politics: morality and efficiency, въ American Ideals, p. 35, и позднѣйшее собраніе статей подъ характернымъ заглавіемъ: The strenuous life.

[4]) Очень ярко у Fournière, La crise socialiste, этюдъ съ выразительнымъ заглавіемъ: La course à l'abîme—особенно p. 367: «nous devions leur (aux ouvriers) dire: il n'y a pas plus de paradis pour demain, qu'il n'y a d'enfer aujourd'hui, mais un mieux continu, dont vous seuls serez les artisans. Et vous n'avez ce mieux que lorsque vous l'aurez mérité par votre effort».

[5]) Pol. II, 1, 7.

учатся играть будущіе граждане, какіе ритмы и мелодіи избираются ихъ учителями[1]). Воспитаніе, оформляя души, кристаллизуется въ общественномъ бытѣ и черезъ него въ учрежденіяхъ. Связь между бытомъ и учрежденіями была нагляднѣе въ «удобообозримомъ» греческомъ полисѣ, чѣмъ въ современномъ территоріально расширенномъ и соціально осложненномъ государствѣ, конституцію котораго мы привыкли отвлекать отъ другихъ элементовъ, какъ и вообще при отвлеченномъ складѣ нашего мышленія намъ становится все труднѣе представлять органическое единство; но въ воспитаніи эта связь вполнѣ осознана современной мыслью[2]), и она явственно отражается даже въ борьбѣ за школу, которую неустанно ведутъ соціально-культурныя группы.

Школа есть предметъ національнаго интереса; педагогическая техника можетъ давать ей лишь средства, а не цѣли[3]). Съ точки зрѣнія гораздо болѣе широкой, чѣмъ какую способна дать эта педагогическая техника, должны рѣшаться, напримѣръ, споры о сравнительномъ достоинствѣ въ области образованія англійскаго эмпиризма или нѣмецкаго методизма. Опасность сдѣлать школу театромъ политической войны, опасность, наглядно сказавшаяся на примѣрѣ исторіи Франціи, не можетъ быть предотвращена игнорированіемъ этого интереса; онъ долженъ лишь возвышаться надъ партійными противоположностями,

---

[1]) Ib. VIII, 6, 5; 4, 2 etc.

[2]) См. интересную статью Теодора Рейнака: «L'éducation athénienne et l'éducation française», въ Revue politique et parlementaire, 10 nov. 1913, v. 78 c., p. 189: въ Аѳинахъ не было «instruction morale et civile», какое установлено во Франціи по закону 1882 г., не было даже всеобщаго, дарового и тѣмъ болѣе обязательнаго обученія; но связь между воспитаніемъ и демократической гражданственностью оставалась болѣе органической, чѣмъ въ современной Франціи.

[3]) Въ непониманіи этого источникъ той несносной ограниченности, печать которой лежитъ на столькихъ произведеніяхъ педагогической литературы, особенно нѣмецкой; читая послѣднія невольно вспоминаешь о «stupor pedagogicus», подмѣченномъ іезуитами. Здѣсь выдѣляется превосходная работа Willmann, Didaktik als Bildungslehre, именно своей широтой и сознаніемъ соціально-культурнаго аспекта въ школьномъ дѣлѣ, особ. B. II, S. 35 и V Abschnitt: Das Bildungswesen. Въ общемъ же гораздо болѣе жизненная постановка вопросовъ школы, преподаванія и воспитанія во Франціи.

быть одинаково далекъ отъ сектантскаго клерикализма и антиклерикализма[1]). Проблема правового государства приводитъ къ проблемѣ національнаго воспитанія, и его дѣйствительнымъ органомъ можетъ быть лишь школа, не принесенная въ жертву партійному духу, школа, созданная съ презумпціей свободы преподаванія[2]).

Проблема воспитанія пріобрѣтаетъ сложность, которой она не имѣла ни для античной мысли, ни для просвѣтительнаго раціонализма XVIII вѣка. Отъ древности насъ отдѣляетъ новое пониманіе воспитательныхъ функцій семьи, новое вниманіе къ индивидуальности воспитываемаго, новая соціальная обстановка, гдѣ отсутствуетъ рабскій трудъ. Отъ XVIII вѣка—потеря вѣры во всемогущество воспитанія, дополнявшее вѣру во всемогущество учрежденій, сознаніе тѣхъ граней, которыя ставитъ здѣсь наслѣдственность и традиція, и того чрезвычайно обширнаго мѣста, которое занимаетъ въ человѣческой душѣ безсознательное и ирраціональное. Наконецъ—и это всего важнѣе—не только въ національно-общественномъ интересѣ воспитанія долженъ воплощаться интересъ общечеловѣческій[3]), но оно не должно быть какой-то внѣшней операціей надъ личностью воспитываемаго. Государство не только этически не можетъ притязать на созданіе гражданъ по установленному имъ образу и подобію: изреченіе римлянъ—maxima puero debet

---

[1]) Ср. сборникъ въ серіи Bibl. gén. des s. s.: L'éducation et la démocratie — особ. статью Al. Croiset, Les besoins de la démocratie en matière d'éducation (p. 69), и другой сборникъ изъ той же серіи: Enseignement et démocratie.

[2]) Мы говоримъ о презумпціи, ибо свобода преподаванія не можетъ быть понимаема въ абсолютномъ смыслѣ, не исключаетъ ни государственной школы, хотя и не пользующейся монополіей, ни государственнаго контроля. Въ сущности, и во Франціи споръ между монополистами и сторонниками свободы преподаванія былъ споръ о презумпціяхъ. Ср. сборникъ въ той же серіи B. g. des s. s.: Neutralité et monopole de l'enseignement.

[3]) Общечеловѣческій интересъ требуетъ яркаго проявленія національности, требуетъ въ извѣстныхъ предѣлахъ ея самоутвержденія въ отличіе—не въ обособленіе—отъ другихъ національностей. Ему служатъ и тѣ качества, напримѣръ, англо-саксонской расы, изъ которыхъ выростаетъ ея имперіализмъ. Если бы эта національная энергія исчезла и водворилось космополитическое единообразіе, міръ бы сталъ бѣднѣе и тусклѣе.

reverentia — есть и политическая заповѣдь. Сохраненіе индивидуальности есть само по себѣ одна изъ самыхъ жизненныхъ задачъ общаго интереса, преслѣдуемыхъ государствомъ, ибо лишь черезъ такую охрану лежитъ путь къ поднятію личной годности. А о послѣдней государственная власть не можетъ забывать уже потому, что послѣдняя составляетъ одну изъ самыхъ основныхъ предпосылокъ реализаціи правового общественнаго строя, важнѣйшимъ, хотя не единственнымъ, элементомъ котораго является и правовое государство[1]). Въ этомъ смыслѣ существуетъ полное подобіе между соціально-хозяйственной годностью личности или группы, безъ которой никакія благопріятныя внѣшнія условія не создадутъ экономическаго прогресса[2]) и годностью правовой. Въ обѣихъ областяхъ можно справедливо преклоняться передъ геніемъ англо-саксонской расы[3]). Въ этомъ же лежитъ отчасти и фаустовское «der Weisheit letzter Schluss»:

«Nur der verdient die Freiheit und das Leben
Der täglich sie erkämpfen muss».

Такъ проблема правового государства цѣлымъ рядомъ нитей сплетается съ проблемой общественнаго устроенія не только въ смыслѣ его внѣшнихъ формъ, но и моральнаго единства, не исключающаго въ то же время самаго широкаго, творческаго индивидуализма. Конечно, и эта задача можетъ быть разрѣшена лишь приблизительно; полная гармонія и здѣсь есть чистая утопія[4])—самая задача ставится съ неизбѣжностью. И если прин-

---

[1]) Это положеніе, разумѣется, ведетъ къ важнымъ послѣдствіямъ въ соціальной политикѣ, которая всегда должна провѣряться и даннымъ мѣриломъ—не понижаетъ ли она личной годности.

[2]) П. Б. Струве, Patriotica с. 362: «интеллигенція и народное хозяйство».

[3]) О связи между этимъ индивидуальнымъ укладомъ и религіозной исторіей Англіи и о значеніи ихъ въ утвержденіи британскаго экономическаго могущества—у Schulze-Gaevernitz, Britischer Imperialismus und englischer Freihandel, S. 46 и s. w.

[4]) Практически это разрѣшеніе выражается въ широкой терпимости, при отсутствіи которой моральное единство такъ легко превращается въ свѣтскую ортодоксію, ничуть не уступающую ортодоксіямъ вѣроисповѣднымъ. Если здѣсь есть налицо in necessariis unitas—и даже далеко за предѣлами necessaria—то незамѣтна in dubiis libertas и совершенно отступаетъ in omnibus caritas.

ципъ правового государства требуетъ возможно бо̀льшаго соотвѣтствія между объективнымъ правопорядкомъ и общественнымъ правосознаніемъ, то здѣсь подымается вопросъ о соотвѣтствіи этого правосознанія глубочайшимъ этическимъ основамъ общежитія. Указанная «предѣльность» правового государства является и высшимъ его оправданіемъ: осуществленіе его есть необходимое звено въ томъ творческомъ трудѣ, который возводитъ человѣчество отъ плѣненія его физическими стихіями къ духовной свободѣ[1]).

Стремленіе построить государство на правовыхъ началахъ зарождается въ инстинктѣ личнаго и коллективнаго самосохраненія, ограничивающаго чувство зависимости, изъ коего выростаетъ властвованіе и подчиненіе. Но это стремленіе могло бы оказаться простымъ психологическимъ рефлексомъ, если бы оно не оправдывалось вѣрою въ дѣйствительную мощь права, которая сама получаетъ оправданіе отъ вѣры въ справедливость и въ то, что возвышается надъ справедливостью, что христіанство возвѣщаетъ какъ любовь. Здѣсь открывается послѣдовательность, но гдѣ лежитъ для насъ ручательство, что она не есть только лишь субъективная необходимость, съ которой мы связуемъ наши переживанія? Если въ мірѣ есть нравственный міропорядокъ, мы съ неизбѣжностью должны видѣть въ ней часть этого порядка: но существуетъ ли таковой объективно? Очевидно, въ этой области всѣ средства научнаго мышленія у насъ изсякаютъ[2]), наука не имѣетъ права ни принимать, ни отвергать,

---

[1]) Связь между политикой и этикой можетъ быть обоснована на почвѣ очень различныхъ міровоззрѣній—идеалистическихъ и натуралистическихъ. Послѣднее, напримѣръ, мы видимъ въ эволюціонномъ утилитаризмѣ, который Ричи противополагаетъ утилитаризму старому, бентамовскому. «We have come again to recognise with Aristotle the moral function of the State».—Principles of state interference, p. 169. Конечно отсюда натуралистическое обоснованіе этики вообще не становится болѣе прочнымъ.

[2]) Энергично должна быть отражаема попытка внести эти представленія въ сферу науки, какъ вообще введеніе въ нее какихъ-либо метафизическихъ или религіозныхъ элементовъ. Въ этомъ подлинная правда критическаго эмпиризма, и въ этомъ же подлинная опасность въ наукѣ монистическаго устремленія мысли: монистическое міровоззрѣніе никогда

и единственнымъ нашимъ руководителемъ остается нашъ религіозный опытъ, сила котораго не можетъ быть поколеблена никакими крушеніями догматической переработки его данныхъ[1]).

Мы видѣли, какъ на извѣстной стадіи народнаго развитія подчиненіе власти праву, еще не отдѣлившемуся явственно отъ морали и религіи, осуществляется въ формахъ теократическаго государства. Это послѣднее можетъ отражать высокое напряженіе человѣческаго духа, но напряженіе, связанное съ его особымъ состояніемъ, которое свойственно опредѣленной культурной ступени. Окружающій міръ, частью коего является и государство, есть мѣсто выполненія цѣли, поставленной Богомъ передъ людьми. Самая цѣль можетъ пониматься болѣе матеріально или духовно, болѣе возвышенно или элементарно, — здѣсь множество оттѣнковъ и переходовъ между контрастами, какъ мы видимъ въ исторіи мессіанскихъ идей. Но вездѣ здѣсь должна быть конкретная непосредственность образовъ, позволяющихъ непосредственно связать государственный порядокъ, какъ и вообще окружающій порядокъ, и божественную волю. Правда, и впослѣдствіи, въ другой духовной атмосферѣ, повторяются попытки возстановленія теократическаго идеала иногда на почвѣ глубокаго недовѣрія къ человѣческой природѣ и къ ея способности сознательнаго устроительства, какъ у Местра, иногда на почвѣ противоположной вѣры чуть ли не въ земное преображеніе этой природы, какъ у В. Соловьева. Отголоски его слышатся даже тамъ, гдѣ принципіально отвергнуто всякое трансцедентное религіозное начало, и градъ небесный окончательно низведенъ на землю,—они слышатся въ позитивной религіи и позитивной политикѣ О. Конта, какъ и въ оротдоксальномъ построеніи соціалъ-демократическаго государства будущаго. Эти отголоски могутъ находить сочувственные отклики человѣческаго ума и сердца, но всякая попытка ихъ воплотить обречена на крушеніе.

не можетъ быть построено изъ чистаго матеріала научнаго знанія, которое всегда фрагментарно. Духъ положительной науки—опредѣленно плюралистическій.

[1]) Великое значеніе Джемса—особенно его The varieties of religions experience—въ научномъ, въ частности психологическомъ оправданіи религіознаго опыта, какъ таковаго.

Теократическій идеалъ, идеалъ «религіознаго» въ самомъ широкомъ смыслѣ государства, на извѣстной стадіи человѣческаго развитія оказывается несостоятельнымъ съ двухъ сторонъ. Съ одной, онъ возлагаетъ на государство задачи по существу ему чуждыя, для него потому осуществимыя лишь путемъ постояннаго напряженнаго принужденія и при томъ въ областяхъ человѣческаго духа, наиболѣе требующихъ свободы и интимности[1]). Государство не можетъ проповѣдовать извѣстной религіи или извѣстной идеологіи, не можетъ доказывать ихъ логически, или обосновывать этически; оно можетъ лишь прямо требовать ихъ принятія или связывать съ этимъ принятіемъ или съ отказомъ отъ него выгодныя и невыгодныя послѣдствія. И справедливо современная европейская цивилизація видитъ въ свѣтскомъ характерѣ государства необходимую гарантію гражданской свободы и прежде всего—свободы совѣсти. Смѣшенію духовной и свѣтской сферы она противополагаетъ болѣе или менѣе полное отдѣленіе церкви отъ государства—форму ихъ отношеній, которая, говоря теоретически, несомнѣнно въ высшей мѣрѣ соотвѣтствуетъ этой свободѣ. Свѣтскій характеръ можетъ вырождаться въ своеобразный свѣтскій клерикализмъ, въ насильственную, нетерпимую антирелигіозность или, по крайней мѣрѣ, антиконфессіональность[2]); онъ можетъ выражать и дѣйствительный нейтралитетъ государства, вполнѣ совмѣстимый съ напряженной религіозной жизнью общества. Это мы видимъ, напримѣръ, въ Соединенныхъ Штатахъ—съ ихъ Эмерсономъ, Чанингомъ, унитаристами, этими безчисленными

---

[1]) Выраженіе «свободная теократія» или скрываетъ безнадежную смутность понятій, или имѣетъ въ виду вовсе не теократическое государство, а религіозную общину—хотя бы общину раннихъ христіанъ, харистоматическую а не правовую организацію. Но тогда самое употребленіе слова теократія способно лишь плодить недоразумѣнія.

[2]) Всѣ эти роковыя наслѣдія прошлаго несомнѣнно глубоко затруднили и благодѣтельную въ своей идеѣ реформу 1905 г., замѣнившую во Франціи систему конкордата системой отдѣленія церкви и государства. Мы явственно видимъ, насколько необходимы общественно-моральныя предпосылки и здѣсь, чтобы подобная реформа, регулирующая лишь внѣшнія отношенія, утверждала дѣйствительную терпимость и миръ. Замѣчательно, какъ создалась эта терпимость въ моральномъ подъемѣ Франціи, связанномъ съ войной.

религiозными отличiями и оттѣнками, у представителей которыхъ, однако, есть общiй духъ, есть и общiй языкъ[1]).

Съ другой стороны, теократiя съ конкретностью лежащихъ въ основѣ ея образовъ связи между небомъ и землей, высшимъ и низшимъ мiромъ, слишкомъ легко создается на почвѣ миѳологическаго пониманiя религiи и сама его поддерживаетъ. Здѣсь принижается религiозный идеалъ, отягчаемый чертами временнаго и относительнаго, которыя присущи всему земному и всякимъ земнымъ образамъ[2]). Въ этомъ смѣшенiи такая же опасность, какъ и въ абсолютномъ раздѣленiи двухъ мiровъ; надъ односторонностями религiознаго матерiализма и религiознаго спиритуализма возвышается вѣра въ прiобщенiе мiра и человѣка божественному, вѣра, нашедшая полное выраженiе въ христiанствѣ. Какое мѣсто можетъ занимать здѣсь государство? Оно не только всецѣло принадлежитъ мiру временнаго, но, какъ мы видѣли, неизбѣжно отражаетъ самыя тѣневыя его стороны. Оно неразрывно связано съ принужденiемъ и насилiемъ, которыя вытекаютъ изъ стихiи силы, составляющей его основное ядро; оно въ самыхъ высшихъ своихъ формахъ все же разсчитано на глубокiя несовершенства человѣческой природы[3]). Анархисты, доказывая его ненужность, начинаютъ съ реабилитацiи этой природы, которая вовсе не поражена какимъ-то первороднымъ грѣхомъ, а лишь искажена уродливыми общественными условiями. Дѣйствительно, общенiя, достигавшiя высшей духовной красоты въ жизни своихъ сочленовъ, наименѣе похожи на государство: они начинаютъ приближаться къ нему, когда имъ невозможно сохранить первоначальную свѣжесть и интимность среди насилiй

[1]) Всякая характеристика «американизма», не считающаяся съ этимъ богатствомъ религiозной жизни, была бы глубоко односторонней. Замѣчательны здѣсь наблюденiя, еще сдѣланныя Токвиллемъ въ La démocratie en Amérique (ed. 1874) v. II, p. 208.

[2]) Чрезвычайно сильная критика теократической идеи съ этой стороны дана въ книгѣ кн. Е. Н. Трубецкого, Мiросозерцанiе В. С. Соловьева, т. I—II; см. особ. т. I, стр. 564 и сл.

[3]) Въ этомъ между прочимъ внутреннее противорѣчiе идеи «совершеннаго государства». Государство можетъ быть таковымъ лишь при совершенныхъ членахъ государственнаго союза, но послѣднiе не нуждались бы въ государствѣ.

и соблазновъ окружающаго міра. Вспомнимъ хотя бы исторію общины Франциска Ассизскаго и ея превращенія во францисканскій орденъ—могущественный органъ римской куріи[1]). Любовь, завѣщанная Христомъ его ученикамъ въ прощальной бесѣдѣ (Іоан. 13, 34), превознесенная учителемъ христіанской догмы и дисциплины выше языковъ человѣческихъ и ангельскихъ (1 Кор., 13), подымается на неизмѣримую высоту надъ всякими гранями, которыя проводитъ самый лучшій въ правовомъ смыслѣ государственный порядокъ.

Но государство въ то же время не могло бы существовать при абсолютной порочности человѣческой природы, при исключительномъ господствѣ обуздываемой лишь страхомъ voluntas laedendi, которое видѣлъ въ ней Гоббсъ; парализовать дѣйствіе этой порочности не былъ бы въ состояніи весь запасъ его принудительныхъ возможностей. Оно нуждается не только въ минимумѣ доброй воли своихъ сочленовъ[2]), наличность которой, по Руссо, необходима даже для того, чтобы государственная власть оставалась правомѣрной, и которая можетъ быть обезпечена только обязательной гражданской религіей[3]). Его поступательное движеніе къ праву и справедливости—было ли бы оно возможно, если бы у ряда поколѣній, жизнь и работа которыхъ съ ея огромными жертвами и страданіями въ немъ запечатлѣлась, не оставалось смутнаго предчувствія, что ихъ усилія не разсѣются въ вихрѣ историческихъ случайностей, что они соотвѣтствуютъ какой-то разумной и благой силѣ, открывающейся въ мірозданіи. Эта потребность найти смыслъ можетъ сказываться и въ очень наивныхъ представленіяхъ и упованіяхъ, но она была вполнѣ понята и мыслителями, которые менѣе всего находились подъ властью какихъ-либо догматическихъ традицій, и въ то же время сохранили чуткую

---

[1]) С. Котляревскій, Францисканскій орденъ и римская курія въ XIII и XIV вѣкахъ.

[2]) Regelsberger, Pandecten, B. I, S. 61: «umgekehrt würde das Recht dem die Macht der Sitlichkeit nicht zu Hilfe komme, mit den Mitteln der Gewalt sich vergeblich zu behaupten suchen». Регельсбергеръ ссылается здѣсь на слова Папиніана: «quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram et ut generaliter dixerim contra bonos mores fiunt, nec facere nec posse credendum est».

[3]) Contrat social, IV, 8.

воспріимчивость къ духовной жизни ихъ окружающихъ[1]). Односторонній раціонализмъ безсиленъ оправдать свои притязанія и отвѣтить этой незаглушимой вѣрѣ, связующей поколѣнія:

Der Spur von meinen Tagen
Nicht in Aeonen untergehn.

Но, можетъ быть, здѣсь только лишній разъ сказывается прагматическая цѣнность религіи, тѣ благодѣтельные стимулы, которые она даетъ народамъ въ ихъ шествіи по столь тернистому пути исторіи? Киддъ доказывалъ, что она одна способна санкціонировать принесеніе въ жертву интересовъ настоящей минуты интересамъ будущаго, точнѣе грядущихъ поколѣній,— санкціонировать основное условіе соціальнаго прогресса[2]). И даже Гюйо, столь чуждый утилитарному прагматизму, въ своей несравненной апологіи религіознаго чувства говоритъ больше всего объ его живительномъ воздѣйствіи, особенно необходимомъ тамъ, гдѣ размышленіе и разсужденіе поглощаютъ значительную долю жизненной энергіи: «избавленіе отъ интеллектуальныхъ страданій современнаго человѣка лежитъ въ болѣе широкомъ и отзывчивомъ сердцѣ» [3]).

Не будемъ останавливаться на томъ, что прагматическая цѣнность даже въ области чистой науки есть одна изъ важнѣйшихъ презумпцій истины[4]) и что подобной цѣнностью, сколько-

---

[1]) Какъ прочувствовалъ эту потребность Гюйо въ своей столь проникнутой религіознымъ порывомъ, несмотря на заглавіе книги: L'irréligion de l'avenir. Какъ глубоко понялъ ее въ своихъ рѣчахъ о религіи Шлейермахеръ, столь исполненный увѣренности, что лишь безконечное даетъ смыслъ конечному.

[2]) Его Principles of western civilisation, особ. ch. VI, VII, IX и Social evolution, p. 240.

[3]) L'irréligion de l'avenir, p. 113. Эти страницы напоминаютъ слова аббата, обращенныя къ умирающему Манфреду:

«Let not my humble zeal offend
By its abruptness... all it hath of ice
Recoils on me; its good in the effect
May light upon your head—could I say heart
Could I touch that with words or prayers, I should
Recall a noble spirit wich hath wander'd
But is not yet all lost».

[4]) Берри, Краткая исторія астрономіи, с. 370, приводитъ любопытный примѣръ обратнаго, какъ Брадлей могъ открыть такъ называемую аберра-

нибудь прочной, не обладаютъ положенія, которыя не вытекаютъ изъ основъ человѣческой природы, какъ имъ соотвѣтствуютъ и методы познаванія[1]). Въ непониманіи этого лежитъ одинъ изъ главныхъ источниковъ заблужденій раціоналистической философіи XVIII вѣка. Но это только презумпція. Передъ нами просто рядъ фактовъ изъ нравственной исторіи человѣчества, и они вовсе независимы отъ нашего религіозно-философскаго міровоззрѣнія. Намъ предлагаютъ на вопросъ объ ихъ внутреннемъ смыслѣ отвѣчать ignoramus et ignorabimus или прійти къ условному признанію ихъ «какъ если бы они раскрывали объективную истину»[2]). Здѣсь можетъ остановиться отвлеченная мысль человѣка; здѣсь никогда не остановится соборный разумъ человѣчества. И поскольку мы не теряемъ своей ему пріобщенности, поскольку мы не заглушаемъ того голоса вѣковъ, въ созвучіи съ которымъ отвѣчаетъ и наша подлинная природа, образъ этихъ вѣковыхъ исканій насадить на землѣ право и правду напоминаетъ намъ не только о человѣческихъ несовершенствѣ и ограниченности, запечатлѣвшихся въ государствѣ. Онъ свидѣтельствуетъ и о высшемъ человѣческомъ назначеніи—слѣдовать за тѣми путеводными звѣздами, которыя на нашемъ духовномъ небосклонѣ зажгла предвѣчная Мудрость и Благость.

цію свѣта, объясняющую кажущееся положеніе звѣздъ, при имѣвшихся въ его распоряженіи средствахъ лишь благодаря ложной теоріи истеченія, которой онъ держался; если бы онъ исходилъ изъ волнообразной теоріи свѣта, онъ не могъ бы сдѣлать своего открытія. Но такие исключительные случаи не мѣняютъ, конечно, правила.

[1]) И эти методы могутъ быть изображены растворенными въ психологическомъ субъективизмѣ, превращающемъ самое познаніе въ иллюзію.

[2]) На этомъ католическіе модернисты строятъ примиреніе между религозной догмой, которая сохраняетъ свое положительное религіозное бытіе, и философской и научной критикой. Напр., Le Roy, Dogme et critique, p. 25. Нѣчто подобное есть и въ лютеранскомъ ричліанствѣ.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Цѣна 2 р. 50 к.

СКЛАДЪ ИЗДАНІЯ:

МОСКВА, Б. Никитская, 10. Книжный складъ «**Н А У К А**».

ПЕТРОГРАДЪ, Литейный пр., 28. Книжный складъ «**П Р А В О**».

